TRATADO

DEL CONTRATO DE PEÑO,

POR POTHIER

Traducido al español con notas de derecho patrio

Por una Sociedad de Amigos Coloboradores.





Barcelona.

Imprenta y Litografia de J. ROGER editor,
Calle de la Union.
1845.

Tratado

DEL

CONTRATO DE PEÑO.

ARTICULO PRELIMINAR.

Despues de haber tratado de las diferentes especies de contratos que se hacen principalmente por sí mismos, tanto de los contratos en que hay interes de una y otra parte, ora commutativo, ora aleatorio, como de los contratos de beneficencia, pasaremos insiguiendo el órden que nos hemos propuesto, á tratar de los contratos accesorios que no se celebran principalmente por sí mismos, sino que acceden á otro contrato ú obligacion. Estos contratos son el de fianza y el contrato de peño. Hemos hablado con mucha extencion de la fiaduría, en nuestro *Tratado de las obligaciones*, *parte* 2.ª *cap.* 6, lo que nos parece suficiente, y así solo nos ocuparemos del contrato de peño.

1.° Puede definirse el contrato de peño diciendo, que es un contrato por el cual un deudor ú otro por él da al acreedor una cosa que retenga en su poder para seguridad de su crédito; y el acreedor se obliga á devolvérsela despues que su crédito haya sido satisfecho.

2. La cosa que por este contrato ha sido dada al acreedor, se llama *peño* ó *prenda*, en latin *p ignu*.

El peño se diferencia de la hipoteca, en que el peño se forma por la tradicion de la cosa que es entregada en manos del acree-

dor, y la hipoteca es un derecho que el acreedor adquiere en los bienes de su deudor, sin que este le haga tradicion alguna.

3. La sola convencion no es sin embargo suficiente en nuestro derecho francés para establecer la hipoteca, la que no puede nacer sino de una escritura ante notario, por la cual el deudor se haya obligado, ó de un juicio con sentencia del juez dada contra él. (1)

Por lo que hace al contrato de peño, veremos en el primer capítulo lo que es de la esencia de este contrato, á que clase de contratos pertenece, y cuales son los pactos que en él reprueban las leyes. En el capítulo segundo manifestaremos el derecho que adquiere el acreedor en la cosa que se le da en peño: las obligaciones que contrae, y la accion *pignoratitia directa*, que de ellas nace. Hablaremos en el tercero de las obligaciones que contrae aquel que ha dado la cosa en peño, y de la accion *pignoratitia contraria* que de ellas nace.

CAPITULO I.

DE LO QUE ES DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE PEÑO, A QUE CLASE DE CONTRATOS PERTENECE, Y DE LOS PACTOS QUE LAS LEYES REPRUEBAN EN ESTE CONTRATO.



ARTICULO I.

DE LO QUE ES DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE PEÑO.

4. Es de la esencia del contrato de peño, 1.° que haya una cosa que sea objeto de él; 2.° que intervenga una tradicion real de esta cosa, sino se halla ya en poder del acreedor á quien es dada en peño: 3.° que esta misma cosa le haya sido dada á fin de que la retenga para seguridad de su crédito.

(1) Lo propio debe decirse respeto del derecho español, debiéndose añadir á las solemnidades que Pothier indica, la de registrar la escritura ó sentencia en los oficios de hipotecas establecidos por nuestra pracmática. (*N. de los edit.*)

§. I.

De las cosas que pueden ser objeto del contrato de peño.

5. Ordinariamente las cosas muebles corporales son el objeto del contrato de peño. (1) Hé aqui porque Gayo dice: *Pignus appellatum á pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui*; *l.* 238, §. 2, *ff. de V. S.* Con todo las herencias pueden tambien ser objeto de este contrato; *l.* 34, *l.* 39, *ff. de pign. act.*; *l.* 2; *l.* 3. *cod. d. tit.*; *l.* 50, §. **1**, *ff. de jure dot. et passim.* Esto sucede cuando se pone á un acreedor en posesion de una herencia, para que perciba los frutos en pago de sus créditos hasta que esté satisfecho, dando cuentas al que se la dió en peño. Este peño facilita al acreedor el pagarse por sí mismo sin gastos, sin verse obligado á proceder al embargo ó secuestro de la herencia ó de sus frutos, cuyos medios son siempre costosos.

6. El dinero contante puede tambien ser objeto del contrato de peño: hállase un ejemplo de esta especie en los estatutos de las bibliotecas públicas, que permiten á los bibliotecarios el que presten libros á los estudiantes, mediante que estos entreguen á aquel una suma doble de dinero para seguridad de la restitucion de los libros prestados.

Por lo que mira á las cosas incorporales, tales como las deudas activas, no son susceptibles de empeñarse por no poder mediar la tradicion real que es de la esencia de este contrato: *Incorporales traditionem non recipere manifestum est*; *l.* 43, §. **1**. *ff. de acq. rer. dom.*

Las cosas que están fuera del comercio es evidente que no pueden ser dadas en peño, como tampoco pueden ser objeto de los demas contratos.

7. Pero no es necesario para la validez del contrato de peño, que la cosa pertenezca al deudor, ni tampoco que su dueño haya consentido en el contrato.

(1) Las leyes 3 y 4, tit. 13, part. 5, declaran que no pueden darse en prenda ni hipoteca los bueyes, vacas y demas bestias de arado y por regla general todo lo necesario para la labranza. (*N. de los edit.*)

Es verdad que una cosa agena no puede sin consentimiento del dueño quedar obligada al acreedor á quien es dada en peño, y que el dueño puede reclamarla de este, y hacer que le condenen á devolvérsela, por mas que no le haya sido pagada su deuda. Pero aunque la cosa en este caso no quede obligada al acreedor por el contrato de peño, por mas que no adquiera en esta cosa *jus pignoris*, no habiendo podido darle un derecho en la cosa el deudor que ninguno tenia en ella; con todo el contrato de peño no deja de ser válido como á tal, y de producir entre las partes contratantes las obligaciones recíprocas que nacen de los contratos de peño. Ulpiano, *l.* 9, §. 4, *ff. de pign. act.* y á mas la *l.* 22, §. 2, *ff. d. tit.*

§. II.

De la tradicion.

8. Es de la esencia del contrato de peño que el acreedor sea puesto en posesion real de la cosa que le es dada en peño.

Por esta razon es de la esencia de este contrato el que intervenga una tradicion real de esta cosa, á no hallarse ya en poder del acreedor con otro objeto, como por préstamo ó depósito: en este caso siendo imposible la tradicion real de una cosa que está ya en poder del acreedor el contrato de peño se hace conviniendo que la cosa que el acreedor ya tiene en su poder á título de préstamo ó de depósito, continue para en adelante en el mismo estado á título de peño. Esta convencion encierra, segun los doctores, una especie de tradicion que llaman *brevis manus*, por la cual se finge que el acreedor ha devuelto la cosa que tenia á título de préstamo ó de depósito, y que incontinenti la ha recibido de nuevo á título de peño.

Fuera de este caso el contrato de peño no puede absolutamente celebrarse sin una tradicion real de la cosa empeñada.

9. Es indudable que yo puedo convenir con mi acreedor que le daré prendas, y que esta convencion es válida y obligatoria por el solo consentimiento: pero esta convencion no es el contrato de peño; ella le precede, y es del todo diferente, como la promesa de vender es diferente del contrato de venta: *Tratado del contrato de compra y venta*, *part.* 5.

§. III.

Es menester que el fin por cual es dada la cosa, sea que aquel á quien se da, la retenga para seguridad de su crédito.

10. Este fin es de la esencia del contrato de peño, el que le caracteriza, y le diferencia de los demas contratos reales. En el contrato de préstamo se entrega la cosa para que aquel á quien se da, haga un cierto uso de ella; en el depósito para que la guarde, y en el de peño para que la retenga en seguridad de su crédito.

11. No importa cual sea el crédito para seguridad del cual se constituye el peño.

Del mismo modo que en toda especie de obligaciones pueden darse fianzas, como se ha visto en el *Tratado de las obligaciones*, pueden asi mismo darse prendas en todas ellas.

12. Para que el contrato de peño subsista, basta que la cosa haya sido dada á alguno á fin de que la retenga para seguridad de un crédito que alguno se proponia contraer con él, por mas que no lo haya contraido, ó de un crédito que alguno creia existir, y que no existia. Es verdad que no puede haber prenda sin un crédito que ella asegure: pero en este caso por mas que la cosa dada en peño no queda obligada á favor de aquel á quien fué entregada por falta de crédito en cuya seguridad esta cosa pueda ser obligada, no obstante el contrato por el cual ella ha sido dada en peño, no deja de ser válido como contrato de peño, y de producir entre las partes contratantes las acciones propias de tal contrato; Ulpiano, *l.* **11**, §. 2, *ff. de pign. act.*

ARTICUO II.

A QUE CLASE DE CONTRATOS PERTENECE EL CONTRATO DE PEÑO.

13. El contrato de peño es de la clase de los contratos reales, pues no puede hacerse sino por medio de la tradicion de la cosa dada en peño.

14. Este contrato pertenece á la clase de los sinalagmáticos en que son recíprocas las obligaciones, pero lo es imperfetamente,

pues no hay mas obligacion que la del acreedor que ha recibido la cosa, de devolverla luego que la deuda haya sido satisfecha: esta es la obligacion principal de este contrato, y por esto se llama *obligatio pignoratitia directa.* Las obligaciones que contrae el que ha dado la cosa en peño, son solo incidentales del contrato, y no son esenciales, por lo que se llaman *obligatio pignoratitia contraria.*

15. El contrato de peño es recíproco por ser del interés de una y otra de las partes contratantes: el acreedor á quien la cosa es dada en peño, encuentra en este contrato la seguridad de su crédito, y aquel que se la da encuentra el crédito tal como lo desea mediante este contrato.

16. Cuando un tercero por pura amistad con el deudor y á su ruego da por él la cosa en peño, hay en este caso dos contratos: uno de peño que interviene entre el acreedor y aquel que le da la cosa en peño; y otro de mandato entre este y el deudor á cuyo ruego ha dado la prenda.

17. Finalmente el contrato de peño es de la clase de los que se rigen por solas las reglas del derecho natural, sin que el derecho civil lo haya sujetado á formalidad alguna.

ARTICULO III.

DE LOS PACTOS REPROBADOS POR LAS LEYES EN EL CONTRATO DE PEÑO.

18. Constantino en la ley última, *Cod. de pact. pign.* prohibe en los contratos de peños el pacto llamado *lex commissoria*, ó pacto comisorio. Este es un pacto por el cual convenian las partes que si el deudor dentro cierto tiempo no redimia la cosa dada en peño satisfaciendo enteramente la deuda, pasado este tiempo sin verificarlo, la cosa quedaria del acreedor irrevocablemente en pago de la deuda.

Esta ley fué adoptada por nuestra jurisprudencia para impedir los fraudes de los usureros, que hallarian en este pacto un medio expedito para sacar excesivas ganancias de los mutuos, prestando dinero sobre prendas de doble valor de la suma prestada á personas que ellos viesen apuradas de miseria y en la imposibilidad de devolver la suma al tiempo convenido.

19. Es menester no confundir con el pacto comisorio, aquel

por el cual convienen las partes que si el deudor no redimiese la cosa en cierto tiempo pudiese el mismo acreedor comprarla, pagando sobre lo que habia dado cuando la tomó en peño, cuanto podia valer mas pasado dicho tiempo, segun el justi-precio de hombres buenos, pues este pacto es permitido y válido; *l.* 16, §. *ult. ff. de pign. et hyp.*

El acreedor á quien la cosa ha sido dada en peño, debe en virtud de este pacto, despues de espirado el tiempo en que la deuda debia ser satisfecha, citar al deudor que se la ha dado en peño para el nombramiento de expertos que procedan á la estimacion. Sobre la citacion se da un auto en que se manda proceder á la estimacion. Solo por la sentencia definitiva que aprobando el valor manda que con arreglo á lo convenido la cosa quede adjudicada al acreedor por la cantidad estimada, quedará este dueño de la cosa empeñada.

Cuando la estimacion asciende á mas de lo que es debido, el acreedor es menester ademas para que quede dueño de la cosa, que pague el exceso al deudor, ó que en vista de su negativa lo haya depositado previo decreto judicial.

Hasta que se haya dado la sentencia definitiva, y que se haya realizado el pago ó consignacion del exceso de la estimacion, el deudor ofreciéndose á pagar todo lo que debe y los gastos hechos hasta á la presentacion y cumplimiento de sus ofertas, podrá pedir la restitucion de la cosa dada en peño.

20. El anticresis era un pacto muy usado entre los romanos, por el cual se convenia que el acreedor á quien se daba una cosa en peño, percibiria para su provecho los frutos de esta cosa por razon de los intereses de la cantidad que se le debia; *l.* **11**, §. **1**, *ff. de pign. et hyp.* (**1**)

(1) Por derecho español y por el canónico está prohibido tambien este pacto. *(N. de los edit.)*

CAPITULO II.

DEL DERECHO QUE ADQUIERE EL ACREEDOR EN LAS COSAS EMPEÑADAS: DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAE POR ESTE CONTRATO, Y DE LA ACTIO PIGNORATITIA QUE DE AQUELLAS NACE.



ARTICULO I.

DEL DERECHO QUE ADQUIERE EL ACREEDOR EN LAS COSAS QUE LE FUERON DADAS EN PEÑO.

---

21. El acreedor á quien se da una cosa en peño por el que tenia derecho de disponer de ella, adquiere en la cosa el derecho de prenda, *jus pignoris*.

Este derecho encierra en primer lugar el de retener la cosa para seguridad de su crédito.

De esto se sigue que si el deudor se llevase sin conocimiento ó á despecho de su acreedor la cosa empeñada, cometeria un robo: no realmente un robo de la cosa misma, pues nadie puede robar una cosa suya: *rei nostræ furtum facere non possumus*; *Paul. sent.* 11, 32, 20, sino un robo de la posesion de la cosa, cual posesion pertenece al acreedor, por haberse despojado de ella el deudor, transfiriéndola al acreedor en virtud del contrato de peño; *qui rem pignori dat, eamque subripit, furti actione tenetur;* Ulpiano, *l.* 19, §. 5, *ff. de furt.*

22. Téngase presente que el acreedor adquiere únicamente el derecho de retener la cosa, conservando el dominio el deudor que la ha dado en peño: *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: l.* 35, §. 1, *ff. de pign. act.*

23. El acreedor á quien se ha dado la cosa en peño, tiene derecho para retenerla, pero no para servirse de ella; ni aun cuando la cosa es fructífera, puede aprovecharse de los frutos,

sino que los debe percibir en pago y á cuenta de su crédito, abonando su valor al deudor.

24. El derecho que el acreedor adquiere en la cosa que ha recibido en peño, encierra en segundo lugar el de venderla para pagarse con el precio lo que se le debe.

Para ello es menester que obtenga un auto contra el deudor, en que se le mande que no pagando dentro un breve plazo, el acreedor podrá hacer vender los efectos dados en peño.

25. Esta venta debe hacerse en pública subasta. Si fuese una herencia lo que fué dado en peño, es menester venderla con las formalidades requeridas para los secuestros de bienes raices. (1)

26. Finalmente el derecho que adquiere el acreedor en las cosas que le han sido dadas en peño, es que cuando las hace vender, es preferido en cuanto al precio á todos los demas acreedores del deudor que se las ha dado en peño.

Esto tiene lugar cuando las cosas dadas en peño son muebles.

Cuando la cosa dada en peño es una herencia, el acreedor no puede tener en ella un derecho que perjudique las hipotecas de los demas acreedores; y por lo mismo cuando se vende, no podrá ser graduado sino en el orden que le corresponde á tenor de la fecha de su hipoteca.

Mas aun; para que el acreedor que ha recibido muebles en peño, goce del privilegio que tiene sobre los demas acreedores, es del todo necesario en caso de quiebra, que haya mediado una escritura pública, el competente registro y demas requisitos necesarios para la validez de las hipotecas.

27. Solo falta observar, que para que un acreedor pueda adquirir un derecho de prenda en las cosas que le han sido dadas en peño,

(1) Las leyes 41 y 42, tit. 13, part. 5, hacen respeto de las facultades del acreedor en este punto una distincion digna de notarse. Si en el contrato se hubiese señalado un plazo para el pago de la deuda y redencion de la prenda vencido el plazo podrá el acreedor vender la cosa empeñada, previo aviso al deudor ó á las personas que encontrase en su casa. Si nada se hubiese pactado, podrá tambien vender la prenda, pero en este caso deberá antes requerir al deudor ante hombres buenos para que le pague y redima la cosa, y si despues de diez dias tratándose de una cosa mueble, y de treinta respeto de una cosa raiz, no se hubiese verificado la redencion, podrá el acreedor realizar la venta. Si se hubiese pactado que no podria venderse la cosa empeñada, este pacto contrario á la esencia del peño no vale, y el acreedor podrá asi mismo vender la prenda, previas tres denuncias ó requerimientos al deudor y transcurridos dos años sin verificarse la redencion y pago. La venta debe verificarse en pùblica almoneda. Si no se presentase postor, podrá el acreedor pedir al juez que se le adjudique y declare suya, obligándose á entregar al deudor el exceso del precio sobre la deuda, ó reservándose reclamar lo que faltase caso de faltar. (*N. de los edit.*)

es menester que lo hayan sido por aquel á quien pertenecian ú otro en su nombre.

Es evidente que si el deudor no tiene derecho alguno en la cosa que da en peño, no puede dándola transferir ningun derecho de prenda sobre ella al acreedor á quien la da: *nemo potest plus juris in alium transferre quam ipse haberet*: *l.* 54, *ff. de Reg. Jur.* El acreedor que la ha recibido en peño, estará sujeto á verse despojado por el dueño de esta cosa que no ha consentido en el peño.

Aun cuando el acreedor no haya recibido ningun derecho de prenda sobre las cosas, mientras el dueño no las reclame, el deudor no las puede repetir antes que la deuda haya sido enteramente satisfecha: no podria alegar para ello que el acreedor no tiene derecho alguno de prenda en la cosa que para esto le fué entregada, no habiendo podido transferirle tal derecho; porque no puede decir que no es dueño, despues de haberse presentado como tal, empeñando la cosa, y mientras que el verdadero dueño no se presente, no podrá él invocar en su favor un derecho ageno.

28. Todavia hay mas: aun cuando este deudor que dió en peño una cosa que no es suya, entrase despues en la herencia de aquel que era dueño de la misma, no podria intentar en su calidad de heredero la accion reivindicativa que habria podido intentar el difunto contra el acreedor que la retiene á título de peño; pues la obligacion que contrae aquel que empeña una cosa, de defender al acreedor á quien la da en la posesion de esta cosa (como lo veremos en el capitulo siguiente) da en este caso al acreedor una excepcion contra esta accion.

ARTICULO II.

DE LAS OBLIGACIONES DEL ACREEDOR A QUIEN LA COSA HA SIDO DADA EN PEÑO.

——

29. La principal obligacion que nace del contrato de peño, es la que contrae el acreedor de devolver la cosa que le ha sido dada en peño, á aquel que se la ha dado, despues que la deuda haya sido enteramente satisfecha.

30. Esta obligacion, como todas las obligaciones de cuerpo cierto, se extingue cuando sin culpa suya perece la cosa; *l.* 9, *de pig.*; *l.* 6, *cod. d. tit.*

31. Lo mismo deberá decirse cuando se pierde ó extravia sin culpa del acreedor que la tenia en peño; *l.* 5, *cod. d. tit.*

No le basta empero para descargarse de su obligacion el alegar que la cosa está perdida, es menester que pruebe el accidente que ha causado la pérdida, y que no ha podido impedirlo.

Todos los principios generales que hemos manifestado en nuestro *Tratado de las obligaciones*, *part.* 3, *cap.* 6, sobre la extincion ó pérdida de la cosa debida, son aplicables tambien aquí.

32. El acreedor que ha recibido la cosa en peño, está obligado á poner en su conservacion el cuidado conveniente. Esta obligacion es una consecuencia de la primera; todo deudor que está obligado á volver una cosa, tiene obligacion de conservarla para poder devolverla; la obligacion del fin encierra la de los medios necesarios para llegar á él.

¿Cual es el grado de cuidado que debe emplear el acreedor que ha recibido la cosa en peño, y de que grado de culpa debe ser responsable? Esta cuestion se decide por el principio sacado de la ley 5, *ff. commod.* que hemos citado y explicado en nuestro *Tratado de las obligaciones*, *n.°* 142. Siendo el peño un contrato que se hace por el interés recíproco de las partes contratantes, el acreedor que ha recibido una cosa en peño debe, siguiendo aquellos principios, emplear en su conservacion un cuidado ordinario, y por consiguiente, presta la culpa llamada *leve*; *l.* 14, *ff. de pign. act.*

33. La culpa ó falta de que es responsable el acreedor, es no solo la que comete *in admittendo*, como por ejemplo si rompiese por imprudencia un espejo que se le habia dado en peño, sino tambien la que comete *in omittendo*, como si la cosa que se le habia dado en peño se extraviara ó fuese robada por falta de cuidado por su parte en guardarla y conservarla; *l.* 11, *cod. de pign. et hyp.*

34. El cuidado á que está obligado el acreedor, es el que ordinariamente acostumbran poner en sus negocios los buenos padres de familia: no puede exigírsele *exactissimam diligentiam* de que pocas personas son capaces, y solo responde de la *culpa leve* y no de la *levísima*: lo que está claramente decidido por la ley 5, §. 2, *ff. commod*, donde el contrato de peño se cita expresamente entre los contratos que se hacen por la utilidad recíproca de las partes, en los que el deudor está solo obligado á prestar la culpa ordinaria: en lo que se distingue del préstamo y comodato, en los

cuales siendo para utilidad de solo aquel que recibe la cosa, se le exije mayor cuidado que en los que hay reciprocidad de intereses: *Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote ut in societate, et dolus et culpa præstatur.* Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideo verior est Mutii sententia existimantis et culpam præstamdam et diligentiam. Estas palabras *et diligentiam* que están puestas aqui para encarecer la culpa *quæ præstatur in superioribus contractibus*, significan evidentemente que el contrato llamado *commodatum*, requiere del que pide prestado un cuidado mayor que aquel á que uno está obligado en los demas contratos de que se ácababa de hablar, y que este cuidado ha de ser el mas exacto: *non solum præstare debet culpam, ut in superioribus contractibus, sed et diligentiam*: y que al contrario los demas contratos entre los cuales se cuenta el de peño, solo requieren un cuidado ordinario, siendo por consiguiente el deudor responsable solo de *levi culpa et non de levissima.*

La ley 19, *cod. de pign. act.* puede parecer contraria á estos principios. Parece, segun ella, que el acreedor no queda libre de toda responsabilidad por la pérdida de la cosa que se le dió en peño, sino en caso de haber acaecido por una fuerza mayor: *Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse*: de lo que al parecer se sigue que es responsable de todas las especies de culpa, *etiam de levissima culpa.*

A lo que puede responderse, que la ley 19 decide solamente que el acreedor no responde de los casos fortuitos, y que es rosponsable de alguna culpa; pero deja al examen que clase de culpa debe prestar.

Ella se estima diferentemente segun la naturaleza de los contratos. En áquellos que como el comodato exigen del deudor el mas ecsacto cuidado, el deudor incurre en culpa todas las veces que falta á ese cuidado: pero en los contratos en que se requiere un cuidado ordinario, solo por faltar á este cuidado se reputa incurrir en culpa: el defecto de un cuidado mas exacto, y de una prevision de que algunas personas son capaces; pero de que el comun de los hombres no lo es, no se considera como culpa, sino como caso fortuito.

La ley 13, §. 1, *ff. de pign. act.* parece aun mas opuesta á nuestros principios, ya que en ella se compara el peño con el comodato, en cuanto á la culpa de que debe responderse en ellos: *Venit, dice, in hac actione (pignoratitia) et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia, vis major non venit.*

A este texto pueden darse dos respuestas: la comun es que Ulpiano en estos términos, *ut in commodato*, no entiende decir otra cosa sino que en uno y otro contrato tanto el acreedor como el comodatario están obligados á la conservacion de la cosa: pero no entra en el exámen de los diferentes grados de cuidado que estan obligados á poner en dicha conservacion, segun la diferente naturaleza de estos contratos.

Noodt da otra respuesta, diciendo que sospecha un error en la leccion del texto, y piensa que por error ha podido escribirse ó leerse *ut* por *at* y cree que se debe leer, *venit in hac actione et dolus et culpa; at in commodato venit et custodia, vis major non venit.* Creo que la primera respuesta puede bastar, y que no es necesaria la correccion del texto.

35. La tercera obligacion del acreedor á quien se ha dado una cosa en peño, es la de abonar á aquel que se la dió, los frutos que hubiese percibido de ella, y generalmente todo lo que hubiese sacado de ella: pues que todo esto debe entrar en descuento y pago de la deuda por la cual la cosa le fué dada en peño, esto es muy justo.

36. ¿Debe abonar no solo los frutos percibidos, sino los que ha dejado de percibir por su culpa? No hay duda, pues cuando se da en peño á un acreedor una cosa fructífera, se le da no solamente para retenerla para seguridad de su crédito, sino tambien para percibir de ella los frutos en pago de su crédito. Se le reputa pues encargado por el contrato de hacer esta percepcion en lugar y á beneficio de su deudor, que no poseyéndola no puede aprovecharse de ella.

Encargado pues por el contrato de la percepcion de los frutos de la cosa, debe tener en ella el cuidado que la misma requiere, y por consiguiente débe dar cuenta de los frutos que ha dejado de percibir por su culpa y por su negligencia.

37. Finalmente la cuarta obligacion del acreedor á quien se ha dado una cosa en prenda, es que cuando la hace vender por falta de pago, debe dar cuenta al deudor del precio que ha recibido de ella, y generalmente debe abonar cuanto tenga prove–

niente de la cosa en pago y descuento de la deuda, previa deduccion de los gastos que hubiese tenido que hacer.

ARTICULO III.

DE LA ACCION PIGNORATITIA DIRECTA.

Veremos sobre esta accion, 1.° cuales son sus objetos; 2.° cuando tiene lugar esta accion: 3.° si está sujeta á prescripcion.

§. I.

Cuales son los objetos de la accion pignoratitia directa.

38. De las obligaciones que contrae el acreedor á quien se ha dado una cosa en prenda, nace la accion llamada *actio pignoratitia directa*, que tiene contra él la persona que se la ha dado, y á cuyo favor contrajo tales obligaciones.

El principal objeto de esta accion es la restitucion de la cosa dada en peño, que el acreedor á quien ha sido dada, se obliga á devolver despues de pagada ó satisfecha la deuda.

Cuando la cosa ha perecido ó se ha perdido por culpa del acreedor á quien fué dada, el deudor que se la dió, puede exigir que el acreedor ya que no se la devuelva sea condenado en haber de satisfacerle el valor, segun la estimacion hecha por personas inteligentes.

39. Los objetos accesorios de esta accion son, 1.° los daños y perjuicios que el deudor que dió la cosa en peño, puede pretender contra el acreedor á quien la dió, por razon de las deterioraciones causadas en ella por hecho y culpa del acreedor, segun estimaren peritos.

Si la cosa hubiese sido tan considerablemente deteriorada, que fuese inútil al que la dió en peño, puede este pedir que el acreedor sea condenado al pago del precio que tendria la cosa sino hubiese sido deteriorada, segun lo estimacion que se la dé, cual precio se aplicará á la extincion de la deuda. En este caso el deudor debe ofrecer cederla á aquel á quien la dió en peño.

40. Otro de los objetos accesorios de esta accion es el abono de los frutos y de todo lo que haya percibido de la cosa dada en peño el acreedor á quien se dió.

Este abono puede ser á veces el objeto principal de esta accion, pues si la cosa hubiese perecido ó se hubiese perdido sin ninguna culpa por parte del acreedor, no pudiendo tener lugar en este caso la accion *pignoratitia directa* para la restitucion de la cosa, de la cual el acreedor se halla descargado, podria entonces ser principalmente intentada para pedir este abono de los frutos á cuenta.

41. Si el acreedor por no haber sido satisfecho hubiese hecho vender la cosa que se le dió en peño, es evidente que la accion *pignoratitia directa* no puede ya tener por objeto la restitucion de la cosa; el objeto en este caso es la cuenta que el acreedor debe dar del precio y de lo demas que puede haber percibido de la cosa, previa deduccion de gastos.

Si la cosa que el acreedor hizo vender, hubiese sido de antemano deteriorada por su culpa, el deudor puede pedir que se le obligue á añadir al precio de la venta lo que la cosa hubiera podido valer mas antes de haber sido deteriorada, segun estimacion de expertos.

§. II.

¿Cuando tiene lugar la accion pignoratitia directa?

42. Tiene lugar la accion *pignoratitia directa* para la restitucion de la cosa dada en peño, cuando el acreedor á quien se dió, ha sido enteramente satisfecho de la deuda: *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio*; *l.* 19, §. 3, *ff. de pign. act.*

43. La ley dice *omnis*: por poco que reste del crédito por el cual la cosa ha sido dada en peño, no empezará á tener fuerza la accion *pignoratitia directa*: y el deudor no puede aun pedir la restitucion, ni de todo, ni aun de la mas mínima parte de lo que ha dado en peño. La razon es porque el derecho de peño es una cosa indivisible: *Individua est pignoris causa.* El acreedor adquiere por este contrato el derecho de prenda por toda su deuda y por cada una de sus partes, sobre todas y cada una de las partes de lo que le ha sido dado en peño.

Ejemplo: Si se han dado doce pares de sábanas en peño por un crédito de treinta doblones de oro; aun cuando hubiese sido

despues satisfecha por la mayor parte esta deuda, quedando algo de ella, no puede el deudor pedir la restitucion de una sola de las sábanas que empeñó.

44. Por la misma razon, si el deudor que las dió en peño, hubiese muerto dejando cuatro herederos entre los cuales debe dividirse la deuda, y uno de ellos hubiese satisfecho la parte que le correspondia, no puede pedir la restitucion de la parte que le corresponde en las sábanas, hasta que el acreedor haya sido enteramente satisfecho y pagado por los demas herederos: pues aunque por la muerte del deudor la deuda ha sido dividida entre los herederos, con todo el derecho de prenda es indivisible, lo conserva el acreedor sobre el todo y en cada una de las partes de la cosa que se dió en peño, hasta que le haya sido enteramente pagada ó satisfecha la deuda por todos los herederos del deudor.

45. Lo contrario sucederá si fuese el acreedor el que muriese dejando los cuatro herederos: por mas que el crédito se divida entre ellos, no se divide el peño que el difunto habia recibido; por lo cual el heredero que hubiese sido enteramente satisfecho de su crédito, no puede perjudicar á sus coherederos devolviendo algo de las cosas empeñadas, hasta tanto que todos hayan sido enteramente pagados.

46. Para que tenga lugar y fuerza la accion *pignoratitia directa*, no basta que la cantidad principal del crédito por lo que el cosa ha sido dada en peño, sea satisfecha; sino que es menester lo sean tambien los intereses de este crédito, y todos los gastos hechos para conseguir el pago, á menos de haberse expresamente convenido que la cosa solo se daba en peño por la cantidad principal del crédito: otramente el peño se considera hecho tanto por lo principal, como por todos los accesorios

47. Aun mas: si el deudor que ha dado á su acreedor una cosa en peño por cierta deuda, contrajese despues otra deuda nueva con el acreedor sin obligar por la nueva deuda la cosa que antes habia dado en peño por la primera: este deudor despues de haber enteramente satisfecho esta primera deuda, podria ser excluido, por la excepcion de dolo, de la accion *pignoratitia directa* para la repeticion de la cosa dada en peño, hasta que hubiese tambien pagado la otra deuda, por mas que la cosa dada en peño no estuviese obligada por ella; *l. un. Cod. etiam ob chirogr.*

Lo que sienta Ulpiano en la ley 11, §. 3, *ff. de pign. act.* parece

contrario á esta decision. Dice allí: *Si in sortem dumtaxat,* (1) *in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia.* La respuesta es que cuando por el contrato de peño manifiestan las partes que la cosa no ha sido dada sino por el capital, y no por los intereses, apareee que su intencion es que la cosa debe ser restituida luego que el capital sea satisfecho, aun cuando los intereses no lo fuesen todavia: pues no pueden haber tenido otra mira al distinguir, como se supone haberlo hecho, los intereses del capital. Pero cuando el crédito que ha sido contraido sin prenda, ha sido creado por un acto diferente y en diferente tiempo, que aquel por el cual se ha dado en peño, el acreedor al contraer este crédito sin peño no renuncia la facultad de retener las cosas que ya tiene, y pueden asegurar su nuevo crédito.

La desicion del emperador Gordiano en la mencionada *l. un. Cod etiam ob chyrogr.*, tiene lugar en nuestra jurisprudencia. Aunque la deuda por la cual una cosa me habia sido dada en peño, haya sido enteramente satisfecha, si acreditase todavia otra suma cierta y líquida del deudor que me dió lo cosa en peño podré retenerla por este otro crédito, aunque no me hubiese sido dada en peño por él: pues siendo este crédito cierto y líquido, del mismo modo que podria yo obtener del juez el permiso de embargar por él sus bienes en su poder y en el de un tercero, por la misma razon cuando me veo compelido por mi deudor para devolverle la cosa que tengo en mi poder, el juez deberá permitirme el retenerla para seguridad de este crédito.

Otra cosa seria si el crédito por el cual yo quisiera retener la cosa, no fuese cierto y líquido, en cuyo caso no podria tener lugar la retencion.

48. Para que tenga lugar y fuerza la accion *pignoratitia directa* para la restitucion de la cosa dada en peño, no importa de que modo haya sido satisfecha la deuda, ni por quien, ya sea por el mismo deudor, ya por medio de otro, ya sea que el acreedor á quien se dió, se haya pagado enteramente por sí mismo con los frutos percibidos de la cosa, en cuyo caso el deudor puede entablar la accion *pignoratitia* contra él, no solo para la restitucion

(1) La leccion ordinaria es *vel usuras.* La correccion de Cuyacio es que debe leerse *non* en vez de *vel.*

de la cosa dada en peño, sino tambien para la restitucion del exceso que tal vez hubiese en los frutos percibidos; *l.* 1, *Cod. de pign. act.*

49. Empezará á tener lugar y fuerza la accion *pignoratitia* para pedir la restitucion de la cosa dada en peño, no solo cuando la deuda está del todo satisfecha, como se ha manifestado en el n. 42, sino tambien cuando el acreedor haya querido aceptar en lugar del peño otras seguridades, y generalmente siempre que haya querido hacer remision de sus derechos de prenda en la cosa empeñada; *l.* 9, §. 3, *ff. de pign. act; adde l.* 50, §. 1, *ff. de jur. dot.*

50. Es de observar la diferencia que hay entre el pago y la satisfaccion. El deudor tiene el derecho de obligar al acreedor á recibir el pago de la suma por la cual la cosa le ha sido dada en peño: si no quiere aceptar el pago que se le ofrece, el deudor en vista de su morosidad puede intentar contra él la accion *pignoratitia* y pedir la restitucion de la cosa empeñada: *Si per creditorem stetit quominus ei solvatur, recte agitur pignoratitia*; *l.* 20, §. 1. Al contrario, no puede satisfacerse al acreedor que no está pagado, mientras él no lo consienta, y quiera aceptar las seguridades que se le ofrecen en lugar del derecho que ha adquirido por el contrato en la cosa que le ha sido dada en peño: pues por grandes que sean las seguridades que se le ofrecen, y aunque lo sean mas que la que resulta de su derecho de prenda, si no quiere renunciar su derecho, ni aceptar en su lugar las seguridades que se le han ofrecido, no se le puede obligar á ello.

De aqui nace otra diferencia entre el pago y la satisfaccion. Cuando el deudor ha intentado prematuramente la accion *pignoratitia* contra el acreedor que no ha sido pagado ni satisfecho, puede en el curso de la primera y aun de la segunda instancia, rectificar su demanda, y hacer condenar al acreedor á la restitucion de la prenda ofreciéndole el pago de la deuda principal é intereses, y de los gastos hechos hasta el dia de su ofrecimiento: al contrario, el deudor no puede rectificar su demanda ofreciendo nuevas seguridades al acreedor, por grandes que ellas fuesen, si no quiere este aceptarlas; *l.* 9, §. *fin. ff. de pign. act. l.* 10, *ff. de tit.*

51. Hay un caso en que la accion *pignoratitia* puede intentarse para conseguir la restitucion de la cosa dada en peño, aunque el

acreedor no se halle pagado ni satisfecho, y es cuando hubiese usado mal de la cosa que le fué dada en peño: *si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coegit, illius pignus ancillæ solvitur*; Ulpiano, *l.* 24, §. 3, *ff. d. tit.*

Lo mismo sucederia en una heredad que yo hubiese dado en peño á mi acreedor para que percibiese de ella los frutos en pago de la suma que le debo. Si mi acreedor al estar en posesion de dicha heredad la descuidase dejándola inculta, puedo *actione pignoratitia* exigir que me la devuelva, por mas que aun no le haya pagado, pues contraviniendo á la obligacion que contrajo conmigo de portarse cual conviene para la conservacion de la heredad que le dí en peño, me libra de la que yo habia contraido al dejársela bajo tal concepto.

52. Cuando un acreedor, en ejecucion de una sentencia, ha hecho vender la cosa que se le dió en peño, la *action pignoratitia* que tiene lugar en este caso contra él para obligarle á dar cuentas del precio, podrá entablarse luego de verificada la venta.

§. III.

Si la accion pignoratitia directa *está sujeta á prescripcion.*

53. Solo nos falta observar que la accion *pignoratitia* dirigida á obtener la restitucion de la cosa empeñada, no está sujeta á prescripcion alguna, sea cual fuere el tiempo transcurrido; *l.* 12, *Cod. de pign. act.* Asi mismo lo decide la ley 10, *Cod. d. tit.*

La razon es porque el acreedor que ha empezado á tener la cosa á título de peño, se reputa que continua con él, mientras no aparezca le haya sobrevenido otro nuevo: *Quum nemo ipse sibi mutare possit causam possessionis suæ*; *l.* 3, §. 19, *ff. de acquir. poss*; *l.* 2, §. 1, *ff. pro hærede.* Y este título de peño por el que posee, impone perpetuamente la necesidad de la restitucion de la cosa, siempre que se satisfaga la deuda. Esta circunstancia esencial á la posesion impide que pueda tener lugar la prescripcion.

Mas si el acreedor hubiese dejado de poseer, cualquiera que fuese el motivo, dicha accion prescribe por el tiempo ordinario.

Otro tanto dijimos en los *Trat. del Comod.* n.° 47, y de *Depos.* n.° 67, respeto de las acciones *commodati* y *depositi*; porque en unas y otras media la misma razon.

CAPITULO III.

DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAE AQUEL QUE DA LA COSA EN PEÑO; Y DE LA ACCION PIGNORATITIA CONTRARIA QUE DE ELLAS NACE.

54. Aquel que da una cosa en peño, contrae con el acreedor á quien la da, la obligacion de hacer que tenga en dicha cosa un derecho de prenda que le da el de poder retener la cosa para seguridad de su crédito.

De ahí se sigue que el deudor contraviene á esta obligacion cuando da en peño una cosa en la que su acreedor no puede conseguir este derecho de prenda. Esto sucede cuando da en peño una cosa que no le pertenece sin consentimiento de su dueño, pues no puede dar á su acreedor un derecho de prenda en una cosa en la que él ninguno tiene, segun aquella regla de derecho: *Nemo plus juris*, etc.

55. De esta obligacion á la cual contraviene el deudor que da en peño una cosa que no le pertenece, y en la que por consiguiente no puede conferir un derecho de prenda al acreedor á quien la da, nace la accion llamada *actio pignoratitia contraria* ó *contrarium judicium pignoratitium*, que tiene el acreedor contra el deudor para que sea este condenado á substituir en lugar de las cosas que dió en peño, otras de igual valor que le pertenezcan, quedando en caso de no hacerlo asi sin vigor ni efecto los plazos concedidos para el pago de la deuda, y por consiguiente obligado al pago inmediato.

Esta decision debe aplicarse aun en el caso en que pareciese que el acreedor ninguna necesidad tiene de prendas, por ser muy pudiente el deudor; *l.* 32, *ff. de pign. act.*

Tiene lugar esta accion, no solo cuando el deudor tiene conocimiento de que la cosa que dió en peño, no le pertenecia, sino tambien en el caso de haberla dado en peño de buena fe, creyéndola suya. La sola diferencia entre estos dos casos es, que cuando el deudor sabe que la cosa no le pertenece, comete el crimen de estelionato, y queda en su consecuencia obligado al pago de la suma por la cual habia dado la cosa en peño, pero cuando el deudor dió la cosa en peño creyendo de buena fe que le pertenecia, no tiene

lugar el crimen de estelionato, pero no por esto deja el acreedor de tener contra él la accion *contraria pignoratitia*; Paul. *l.* 16, §. 1, *ff. pign. act.*

56. Cuando el deudor da en peño á su acreedor una cosa que estaba ya obligada á otro, si en lo que ella vale mas que la suma por la que la habia obligado al acreedor primero, no hay lo suficiente para asegurar un buen derecho de prenda al segundo acreedor á quien ha sido dada en peño, este último tiene la accion *pignoratitia contraria* contra su deudor segun está decidido en la ley 16 antes citada.

Fuera diferente si la cosa tuviese un valor mas que suficiente para cubrir los dos créditos; *l.* 36, §. *fin. ff. de pign. act.*

57. Cuando la cosa dada en peño tiene sin saberlo el acreedor un vicio que la quita todo su valor, como en este caso el acreedor solo podria adquirir en ella un derecho de prenda menospreciable, le compete la accion *pignoratitia contraria* para hacer que se le dé otro peño en vez de aquella cosa.

58. Obsérvese que en todos los casos arriba indicados, el acreedor solo tiene la accion *pignoratitia contraria* cuando fué engañado, pero si sabia que la cosa no pertenecia al que se la dió en peño, ó que estaba obligada á otro, ó si tenia conocimiento del vicio que la quitaba todo el valor, en todos estos casos no podrá quejarse: *Si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium (judicium) ei non competit*; *d. l.* 16, §. 1. *Ratio est quia volenti non fit injuria.*

59. Debiendo reinar en el contrato de peño, como en los demas contratos la buena fe, cualquier fraude que el deudor cometa en este contrato para engañar al acreedor, dará lugar á la accion *pignoratitia contraria*, como si hubiese dado en peño cobre por oro: *Si quis in pignore pro aure æs subjecisset creditori; qualiter toneatur?... Si quidem dato auro æs subjecisset, furti tenetur; quod si in dando æs subjecisset, turpiter fecisse, non furem esse: sed hic puto pignoratitium judicium locum habere*; *l.* 36, *ff. de pign. act.*

60. El que da una cosa en peño contrae con aquel á quien la da, la obligacion de satisfacerle las impensas necesarias hechas para la conservacion de la cosa.

De esta obligacion nace la accion *pignoratitia contraria* que tiene el acreedor para exigir su reembolso, aun cuando por algun

accidente de fuerza mayor no hubiese podido aprovecharse de la cosa aquel que se la dió en peño: Papiniano *l.* 8, *ff. de pign. act.*

61. Con respeto á las impensas que no eran necesarias, sino únicamente útiles, si el acreedor las ha hecho consintiéndolo el que le dió la cosa en peño, no hay duda que el acreedor tiene contra él la accion *pignoratitia contraria* para su reembolso, como para el de las necesarias. Es facil presumir que las hizo con consentimiento de aquel que dió la cosa en peño, cuando no ha hecho mas que acabar lo que el deudor habia ya comenzado antes de entregar la cosa; *l.* 25, *ff. d. tit.*

Cuando las impensas no necesarias, sino útiles, han sido hechas sin consentimiento del deudor que dió la cosa en peño; por mas que la mejora subsista, y que el deudor se aproveche de ella al recobrar la cosa, es decir, despues que la deuda ha sido satisfecha, no siempre se le debe obligar á reembolsar al acreedor, pues si fuesen tan considerables que le fuese necesario vender sus bienes ó contraer alguna deuda para poder acudir al reembolso del acreedor, no debe obligársele á ello; en este caso solo debe permitirse al acreedor que haya hecho mejoras á sus expensas, el llevarse lo que pueda buenamente separarse. Pero si las impensas, aunque solamente útiles, son módicas y puede el deudor cómodamente reembolsarlas, debe ser condenado á ello. Todo esto debe dejarse á la prudencia y arbitrio del juez; *d. l.* 25. (1)

(1) Tal vez en este mismo sentido y bajo tan equitativa distincion deberá entenderse la ley 21, tit. 13, part. 5, que prescribe de una manera que no deja duda, que el deudor debe abonar los gastos ó *despensas*, que es la palabra de que usa aquella ley, hechas para *mejorar* la cosa. (*N. de los edit.*)

FIN DEL TRATADO DEL CONTRATO DE PEÑO.

INDICE.

De los Capítulos, Artículos y Párrafos contenidos en el TRATADO DEL CONTRATO DE PEÑO.

TRATADO DEL CONTRATO

DE ASEGURACION O SEGÚROS

POR POTHIER.

TRATADO

DEL CONTRATO

DE ASEGURACION O SEGUROS.

Articulo preliminar.

Los contratos de *venta*, de *arriendo*, de *sociedad* lo mismo que los demas de que hemos tratado hasta aqui, son las principales especies de contratos *comumtativos*. Pasemos pues ahora á tratar de los contratos *aleatorios*.

1. Los *contratos aleatorios* son aquellos en que lo que uno da ó se obliga á dar á otro, es el precio de un riesgo que este se ha obligado á correr de su cuenta. Estos contratos convienen con los *conmutativos* en que unos y otros se hacen en beneficio recíproco de las dos partes, y buscando cada uno en ellos el interes propio: en esto se diferencian de los *contratos de beneficencia*.

Los contratos *aleatorios* se diferencian de los *conmumtativos* en que por estos lo que cada uno de los contraentes recibe es el equivalente de otra cosa que da ó que se obliga á dar á otro: cuando en los contratos aleatorios aquello que recibe el uno de los contraentes, no es el equivalente de la cosa que ha dado ó se ha obligado á dar, sino el equivalente del riesgo con que ha cargado: *suscepti periculi pretium*.

Ejemplo : En el contrato de venta, que es un contrato conmumtativo, la cosa vendida que el comprador recibe, es el quivalente de la suma de dinero que da, ó se obliga á dar por precio de esta cosa. *Viceversa* esta suma de dinero que el vendedor recibe es el equivalente de la cosa vendida que da ó se obliga á dar al comprador.

Al contrario, en el contrato de censo *vitalicio* que es un contrato *aleatorio*, cuando aquel sobre cuya vida ó en favor del que el censo ha sido constituido, muere poco despues del contrato, no puede decirse que la suma que el censatario ha recibido por precio del censo, sea el equivalente de otra cosa que haya dado por su parte, pues que solo ha dado los réditos correspondientes á algunos meses durante los cuales ha subsistido el censo; sino que es el equivalente del riesgo con que ha cargado de tener que dar en reditos á crecidísimo interes el doble ó triple de la cantidad que recibió inclusos sus intereses ordinarios, en el caso en que aquel sobre cuya vida se creó el vitalicio, hubiese vivido largo tiempo. *Vice versa* cuando aquel sobre cuya vida fué constituido el censo, vive cuarenta ó cincuenta años, no puede decirse que los réditos que ha recibido en tan largo tiempo, sean solo el equivalente de la cosa que ha dado por su parte, pues que la suma dada por precio del vitalicio es mucho menor de la que forman las pensiones que ha recibido, sino que el total de estas pensiones es un precio justo y un justo equivalente del riesgo á que se ha expuesto de no recobrar casi nada de la suma que entregó por precio del vitalicio, en el caso que podia suceder muy bien, de morir poco tiempo despues de creado el censo.

Las principales especies de contratos *aleatorios* son el contrato de *censo vitalicio* que se refiere á los censos; el *contrato de aseguracion ó de seguros*, que será el objeto del presente tratado, y el de *préstamo á la gruesa* que lo será del tratado siguiente á causa de la afinidad que tienen entre sí: todos los *juegos de azar* y las *apuestas* son tambien contratos aleatorios.

Veremos en el primer capítulo que es el *contrato de aseguracion ó de seguros*, y que cosas son de la escencia de este contrato. Trataremos en el segundo de las personas entre las cuales se celebra este contrato, y de su forma; y en el tercero de las obligaciones que produce, y de los jueces que de él conocen.

CAPITULO I.

QUE ES EL CONTRATO DE ASEGURACION, Y CUALES SON LAS COSAS ESENCIALES A ESTE CONTRATO.

SECCION I.

QUE ES EL CONTRATO DE ASEGURACION.



2. El contrato de aseguracion es aquel por el cual uno de los contraentes se encarga del riesgo de los casos fortuitos á que está la cosa expuesta, obligándose á indemnizar al otro, si tales accidentes se verifican, mediante una suma que el otro contraente le da ó se obliga á darle por precio de ese riesgo que toma á su cargo.

3. Los contratos de aseguracion pueden ser de muchas especies: tal era el que se proponia en 1754 una compañia establecida en Paris asegurando á los propietarios de casas del peligro de incendios, mediante cierta suma que los propietarios que quisiesen hacer asegurar sus casas, pagarian anualmente á esta compañia.

Este proyecto ha sido puesto en ejecucion, y de las dos compañias de seguros que hay en Paris, la una no se limita á las aseguraciones marítimas, sino que asegura tambien de incendios á los propietarios de casas que quieran asegurarlas por cierta suma. (1)

(1) En la actualidad son muy frecuentes y muy diversos los contratos de seguros que por todas partes y por diversas razones se hacen. Se aseguran las cosechas de los campos, mil objetos diferentes y hasta la salud y la vida del hombre. Aparte de las especulaciones que algunos particulares ó compañias hacen sobre esto, el espiritu de asociacion que tanto va cundiendo en el mundo moderno, y la humanidad y beneficencia han inspirado muchas sociedades particulares en que sus individuos se prometen reciprocamente pensiones mas ó menos crecidas para el caso de quedar sin trabajo, de padecer alguna enfermedad ó imposibilitarse, y á sus viudas, hijos y padres caso de morir uno de los asociados. Algunas asociaciones siguen el método antiguo imponiendo á cada socio la obligacion de contribuir con un tanto semanal, al mes ó al año; otras prefieren el sistema ingles que consiste en pagar dividendos proporcionados á las pensiones que la sociedad haya de pagar. Nada mas frecuente en el dia que las compañias ó asociaciones de seguros, que aunque á veces toman el nombre de sociedades de socorros mútuos, no por esto dejan de ser verdaderas aseguraciones. *(N. de los edit.)*

4. El contrato de aseguracion que está mas en uso, es el de *seguros marítimos*. Es este un contrato por el cual el uno de los contraentes se encarga de los riesgos y contratiempos á que está expuesto un barco, ó las mercancias que van en él, ó que en él deben ser cargadas; prometiendo pagar su importe, para el caso de perderse, al otro contraente por cierta suma que este le da, ó se obliga á darle por precio de riesgo con que ha cargado.

El contraente que se encarga de los riesgos se llama *asegurador*, y el otro *asegurado*; la suma que el asegurado da ó se obliga á dar al asegurador por precio del riesgo, se llama *prima de seguros*; la escritura de este contrato se llama *poliza de seguros*.

Es una especie de contrato de compra y venta: los aseguradores son los vendedores, el asegurado es el comprador: la cosa vendida es la seguridad contra los riesgos á que está expuesta la cosa asegurada. Los aseguradores venden en cierto modo al asegurado esta seguridad obligándose á la indemnizacion de toda pérdida. La *prima* que el asegurado paga ó se obliga á pagar á los aseguradores, es el precio de esta venta.

5. Este contrato pertenece como el de venta á la clase de los contratos consensuales, pues que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, y produce de una y otra parte las obligaciones que nacen de él, luego que convienen en la suma que debe ser pagada al asegurador por precio de riesgo de que se encarga.

Es verdad que la obligacion que los aseguradores contraen de pagar la suma asegurada, ó la estimacion de las averias y perjuicios, no se ha empezado aun por depender de condicion, á saber, si por algun accidente de fuerza mayor perecen las cosas aseguradas, ó se echan á perder ó deterioran: pero no por esto deja de ser perfeto el contrato; la obligacion aunque condicionalmente está contraida, no pudiendo los aseguradores desde entonces apartarse de ella, quedando obligados á la indemnizacion, si llega á verificarse el accidente.

6. El contrato de aseguracion es sinalagmático, como el de venta, siendo recíprocas las obligaciones que produce. El asegurador se obliga á indemnizar las pérdidas fortuitas al asegurado, y el asegurado se obliga por su parte á pagar la *prima* convenida al asegurador.

7. El contrato de seguros es de los de interés recíproco, y no de los de beneficencia: pues en él ambos contraentes se proponen

su propio interés, el asegurador se propone ganar la *prima*, y el asegurado la seguridad contra todo riesgo.

8. Es evidente que este contrato es *aleatorio* y no conmutativo; pues la *prima* que el asegurador recibe, no es como en los contratos conmutativos, el equivalente de otra cosa que da ó se obliga á dar en su lugar, ya que nada tendrá que dar, si el buque llega salvo á puerto y sin sufrir accidente alguno: y al contrario, si el buque se pierde, la indemnizacion à que estará obligado será mucho mas considerable que la *prima* que ha recibido, y por lo mismo no puede considerarse como su equivalente. La *prima* que el asegurador recibe no es el precio de otra cosa que dé, sino el del riesgo con que ha cargado en virtud del contrato, que es el verdadero carácter de los contratos aleatorios. *Viceversa*, la indemnizacion que recibe la parte que ha hecho asegurar sus efectos, cuando han perecido, no puede ser considerada como el equivalente de la prima, á la que excede en muchísimo, sino como el equivalente y precio del riesgo que ha corrido de dar en pura pérdida la prima que ha dado, y de no recibir nada en su lugar, dado caso que los efectos asegurados hubiesen llegado salvos al puerto sin el mas mínimo accidente.

9. Finalmente el contrato de seguros es en su origen un contrato de derecho de gentes. Lo legislacion civil solo ha reglamentado este contrato en su aplicacion y efectos; pero no ha tocado su naturaleza y esencia que es de derecho natural. No puede negarse sin embargo que se han añadido algunas disposiciones arbitrarias, en fuerza de las cuales puede decirse que este contrato, aunque principalmente de derecho de gentes, es bajo cierto aspecto de derecho civil.

10. El uso de este contrato es de la mayor importancia. El comercio marítimo que sin este contrato se haria únicamente por un muy pequeño número de personas que tuviesen bastante fortuna para aventurarse á correr los grandes riesgos á que se halla expuesto, pueden con auxilio de este contrato emprenderlo toda clase de personas, y aun las de menor fortuna, sin por esto exponerse á una completa ruina.

SECCION II.

QUE COSAS SON DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE SEGUROS.



Cinco parecen ser las cosas que son de la esencia de este contrato. Es menester, 1.º que haya una ó muchas cosas que sean la materia del contrato y que una de las partes las haga asegurar por la otra: 2.º que haya riesgo á que esta cosa esté ó deba estar expuesta, y del que se encarga el asegurador: 3.º que haya una suma ya sea determinada ya indeterminada, que el asegurador promete pagar al asegurado para su indemnizacion en el caso de perderse los efectos asegurados por algun caso fortuito que corre de cuenta del asegurador: 4.º que se convenga en la suma, que el asegurado da ó se obliga á dar al asegurador por precio de la aseguracion: 5.º el consentimiento de los contraentes que interviene sobre todas estas cosas.

ARTICULO I.

DE LAS COSAS QUE SE HACEN ASEGURAR.

——

§. 1.

Es necesario que haya una cosa que se haga asegurar.

11. Es de la esencia del contrato de aseguracion el que haya una ú muchas cosas que sean objeto del mismo, y se hagan asegurar.

En efecto siendo la aseguracion un contrato por el cual una de las partes se hace asegurar ciertas cosas por la otra, la cual carga por cierta suma que recibe, con el riesgo de los casos fortuitos á que están expuestas, se sigue que no puede haber ni concebirse que haya contrato de aseguracion sin una cosa que se haga asegurar y sea su objeto.

Hé aquí porque si solo nos atuviésemos á las reglas del derecho civil, cuando las cosas que alguno hace asegurar, no existen por haber ya perecido al tiempo del contrato; por mas que la parte tuviese buena fe, é ignorase tal pérdida, el contrato seria nulo, por faltar la cosa que debia haber sido su objeto: asi como es nulo el contrato de venta cuando la cosa vendida no existia ya al tiempo del contrato aunque lo ignorasen las partes; *l.* 15 y 57 *ff. de contr. empt.*

12. Pero el derecho civil ha corregido en este punto al derecho natural. Aunque los efectos no existiesen, y estuviesen ya perdidos al tiempo del contrato por medio del cual han sido asegurados; si las partes nada sabian de esto á la sazon, estos efectos por una ficcion de derecho en consideracion á la buena fe de la parte asegurada, se suponen aun exsistentes al tiempo del contrato, y que han podido ser objeto del mismo, y no haber perecido hasta el momento en que se tuvo la noticia de su pérdida.

13. El contrato de aseguracion de las cosas que ya no existian, y habian perecido al tiempo del contrato, es solamente nulo en dos casos; primero cuando la parte que ha hecho asegurar, tenia ya al tiempo de celebrarse el contrato, conocimiento de la pérdida de los efectos asegurados.

El asegurador que opone á la demanda la excepcion de que el asegurado tenia ya esta noticia, está obligado á probarlo: *Incumbit onus probandi ei qui dicit. Reus excipiendo fit actor.*

Esta noticia supone un dolo en el asegurado, y como el asegurador no puede probarlo por documentos escritos, siguiendo los principios establecidos en nuestro *tratado de las obligaciones n.* 810 *y siguientes*, puede admitírsele la prueba testimonial, ministrando al efecto la tripulacion del buque.

Aun cuando el asegurador hubiese ya ejecutado el contrato, y pagado en todo ó en parte la suma asegurada; si llega á descubrir que el asegurado tenia conocimiento de la pérdida de los efectos asegurados al tiempo del contrato, puede y debe ser admitida su querella de dolo contra el asegurado, y la prueba de la noticia que este tenia de la pérdida. La razon es evidente. La accion que nace del dolo, no tiene valor y fuerza hasta el dia en que lo ha descubierto la parte engañada: *Currit à die detectæ fraudis.* La parte no puede perder su accion antes que haya podido hacer uso de ella *Adversus non valentem agere, nulla currit præscriptio.* A mas de que el asegurado comete un nuevo dolo recibiendo la suma asegurada.

14. El asegurador no solo tiene el medio civil que es la accion

de dolo contra el que ha hecho asegurar efectos de cuya pérdida tenia ya conocimiento, sino que tambien puede valerse del medio criminal, por ser esta especie de dolo, *atrocior dolus*, et *crimen stellionatus*.

La ordenanza de Rotterdam artículo 20, lo mira como una especie de crimen de falsedad, á la manera de los fraudes y supercherias que se cometen en los demas contratos. *Arg. l.* 21, *ff. ad L. Corn. de fals.*

15. La pena impuesta al asegurado que es convicto de haber tenido noticia de la pérdida de los efectos asegurados al tiempo del contrato consiste en que á mas de la restitucion que debe hacer al asegurador de la cantidad que hubiese recibido, pague al doble de la *prima* convenida. Para el pago de estas cantidades y de la *prima* puede ser encarcelado.

16. Cuando el asegurador por falta de prueba defiere el asegurado el juramento sobre el hecho de la noticia que pretende tenia este al tiempo del contrato, de la pérdida de los efectos asegurados, si el asegurado se niega á prestar tal juramento, no hay duda que esta denegacion manifiesta que tuvo la noticia *Manifestæ turpituidinis et confessionis est nolle jurare, l.* 38 *ff. de jurejur* y por consiguiente debe declararse nulo el contrato, y condenarse al asegurado á la restitucion de lo que recibió del asegurador. ¿Debe empero en este caso ser condenado al pago del doble de la *prima*? La razon de dudar de ello consiste en que se impone esta pena *en caso de prueba contra el asegurado*, y en nuestro caso el asegurador carece de ella. La causa de decidir que el asegurado debe ser condenado en este caso al pago de le pena, es porque el asegurador cuando ha deferido el juramento, carecia aun en verdad de prueba; pero la adquiere completa por la denegacion del asegurado á prestar el juramento deferido, pues negarse al juramento es confesar el dolo cometido, y no hay prueba mas perfeta de un dolo que la declaracion ó confesion del que lo ha cometido. La ley 3, §. 1, *ff. de jurejur* decide que el juramento puede deferirse en toda especie de acciones, tanto penales, *quibus pœnam persequimur*; como en las que son *rei persecutoriæ*.

17. Cuando el asegurado á quien constaba al tiempo del contrato la pérdida de los efectos asegurados, no ha sido perseguido por el asegurador. el contrato á que su dolo ha dado lugar, es nulo en el fuero de la conciencia, y no puede lucrar con él, pero este de-

ber de conciencia no le obliga á la pena del doble de la *prima*: pues no la debe, ni por el derecho natural que solo le obliga á la reparacion del perjuicio que causó al asegurador, ni por derecho civil que únicamente impone esta pena *en caso de prueba contra el asegurado*. En general puede decirse, que por lo que mira á las penas que la ley civil conmina en mas de la reparacion del perjuicio causado por el que cometió el delito, que esta ley no obliga al que lo cometió sino en virtud de la sentencia del juez que le condena á ello.

18. Cuando un tutor en su calidad de tal hizo asegurar los efectos de su pupilo ó menor sabiendo que habian perecido al tiempo del contrato, por mas que el tutor no haya contraido sino en su calidad de tutor, y el menor por quien contraia no haya tenido noticia de ello, con todo justificado el dolo del tutor debe declararse nulo el contrato de aseguracion, y en su consecuencia condenar al menor á la restitucion de la suma asegurada que por él su tutor recibió.

Esto está conforme con el principio de derecho que decide que pueda oponerse al menor el dolo cometido por el tutor al contraer por él: *Dicendum sive quis emerit á tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit, et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere*: *l.* 14, §. 23, *ff. de doli et met. excep.*; *et de dolo tutoris exceptionem pupillo objiciendam*: *d. l.* §. 24.

El menor en este caso debe ser condenado á la restitucion de la suma asegurada, aun cuando no pudiese recobrarla por insolvencia del tutor que por él la recibió. Esto es lo que resulta de la ley arriba citada, porque despues de decir que el dolo del tutor perjudica y puede oponerse al menor, añade: *Nec illud distinguendum, cautum sit ei* (*pupillo*) *an non solvendo sit* (*tutor*) *an non... unde enim divinat is qui cum tutore contrahit? d.* §. 23.

Con respeto á la pena de la *doble prima*, el asegurador solo puede poner demanda contra el tutor que debe ser condenado á dicha pena, sin que la pueda repetir contra el menor; pues la pena del dolo solo debe sufrirla el que lo cometió; y el menor está inocente de él.

19. Asi como un menor no puede sacar provecho del dolo de su tutor, sino que puede oponérsele, tampoco podemos nosotros lucrar en el dolo de aquellas á quienes hemos otorgado poder, sea

este general ó especial, y el dolo de tales procuradores puede ser-nos opuesto: *Si is procurator sit cui omnium bonorum administratio concessa, de omni dolo ejus excipi posse: d. l.* 4, §. 18. Hé aquí porque cuando un comisionista ó factor hace asegurar los efectos de su comitente, sea en virtud de órden especial, sea en virtud del poder general que tiene para administrar sus negocios, no hay duda que si al tiempo del contrato tuvo noticia de la pérdida de los efectos, es nulo el contrato, y el comitente por mas que no tuviese tal noticia, no solo no puede pedir la suma asegurada, sino que deberia devolverla, si la hubiese recibido. Por lo que respeta á la pena de la *doble prima*, el asegurador debe dirigirse contra el comisionista que cometió el dolo, y no puede pedirla al comitente.

20. *Vice versa*, cuando el comisionista que ha hecho asegurar los efectos de su comitente, lo hizo de buena fe, ignorando la pérdida, se reputa que el contrato es válido, aunque el comitente tuviese noticia de la pérdida de los efectos asegurados, desde el tiempo del contrato.

Esta decision debe restringirse al caso en que el comisionista hubiese hecho asegurar los efectos de su comitente sin su órden especial, ni conocimiento, y en virtud del poder general que tiene para administrar sus negocios: en cuyo caso no hay ni por parte del comisionista ni por la del comitente dolo alguno que pueda anular el contrato.

Pero si el dueño de los efectos asegurados hubiese dado órden de hacerlos asegurar, teniendo ya noticia de su pérdida, el contrato será nulo, aunque su comisionista que los ha hecho asegurar por él ignorase la pérdida, pues este dolo del dueño hace nulo el contrato, y le sujeta á la pena referida, del mismo modo que si hubiese contraido por sí mismo: *Nam is qui mandat, ipse facere videtur.*

21. El segundo caso en que es nulo el contrato de aseguracion hecho despues de la pérdida de los efectos asegurados, es aquel en que el que los hizo asegurar, podia al tiempo del contrato saber su pérdida, por mas que no haya prueba positiva de que la haya sabido: he aqui las palabras del art. 38 de nuestra ordenanza. *Declaramos nulas las aseguraciones hechas despues de la pérdida de las cosas aseguradas, si el asegurado sabia* o PODIA *saber su pérdida.*

La razon es que como muchas veces no podria el asegurador probar que el asegurado tuviese noticia positiva de la pérdida de los efectos asegurados, y siendo tan rara en el dia la buena fe entre los hombres, sucederia muy á menudo que los comerciantes, confiados en que el asegurador no podria hacer tales pruebas, los harian asegurar despues de recibida dicha noticia; con lo cual se arruinaria á los aseguradores.

Al asegurado se le considera sabedor ó que ha podido serlo desde el tiempo del contrato, de la pérdida de los efectos asegurados, cuando desde esta pérdida hasta al tiempo del contrato ha mediado un tiempo suficiente para que aquella haya podido llegar á su noticia.

22. Nuestra ordenanza, *art.* 39, regula este tiempo contando á razon de legua y media por hora desde el lugar donde ha perecido el buque, hasta al en que el contrato de aseguracion ha sido celebrado. Por ejemplo, si el contrato ha sido celebrado en Marsella, y el buque ha perecido á la distancia de treinta y seis leguas de dicha ciudad; contándose una legua y media por hora, se calcula que el asegurado ha podido tener noticia de ello al cabo de 24 horas. Pero si la distancia es de diez veces 36 leguas, es decir, 360 leguas, no puede reputarse que haya tenido noticia de ello hasta al cabo de ocho dias.

Este tiempo se cuenta *de momento ad momentum*: he aqui porque cuando se sabe no solo el dia, sino la hora en que ha acaecido la pérdida del buque, debe contarse desde esta hora.

¿Que sucederá cuando se sabe el dia y no la hora? El autor del *Guidon de la mer* dice que debe empezarse á contar desde el medio dia; sin fundarlo en ninguna razon. Por lo que es mas razonable decir que en este caso debe empezar á contarse desde el dia siguiente, por haber podido suceder el que la pérdida del buque no se haya realizado hasta la última hora del dia.

Por la misma razon cuando no se expresa la hora del dia en que se celebró el contrato, debe contarse desde aquella en que los aseguradores acostumbran á abrir su despacho.

23. ¿Podrá el asegurador, á fin de poder contar las horas del dia en que la escritura ha sido otorgada, probar por testigos que este acto no se verificó hasta por la noche? Podrá porque la prueba del tiempo en que se otorgó, no es una prueba mas allá de lo contenido en el instrumento.

24. Cuando el asegurado al tiempo del contrato, pudo saber la pérdida de los efectos asegurados por haber transcurrido el tiempo suficiente para ello, sin que haya prueba de que efectivamente tuvo tal noticia, está sujeto á la pena de la *doble prima*? Vaslin supone que si, pero yo creo lo contrario. Nuestra ordenanza en el art. 38 propone casos en los cuales pronuncia contra el asegurado la *nulidad* del contrato de aseguracion; 1.° cuando sabia; 2.° cuando podia probablemente saber la pérdida de los efectos asegurados: pero no declara en el *art.* 41 la *pena* del pago de la *doble prima*, sino únicamente en el caso en que el asegurado supo la pérdida, y no en aquel en que pudo saberla: pues dice *en caso de prueba contra el asegurado*. Por mas que se diga que el asegurado podia saber la pérdida de sus efectos, por haber trascurrido el tiempo suficiente para ello, no por esto puede sacarse la consecuencia de que efectivamente la sabia; *A posse ad actum non valet consequentia*. Se opondrá que en este caso *se presume que el asegurado supo la pérdida*; pero esto debe entenderse en sentido de que el contrato sea declarado *nulo*, como si existiesen pruebas positivas de que lo sabia; y nunca para imponer al asegurado la pena de un dolo que debe ser probado con pruebas indudables, *Dolus non nisi ex perspicuis indiciis probari debet*.

Obsérvese sin embargo que si desde la pérdida del buque hubiese transcurrido un tiempo tan considerable que fuese contra toda verosimilidad el que el asegurado la ignorase al tiempo del contrato, no se le escuchará por mas que diga que la ignoraba para sustraerse á la pena de la *doble prima*.

Obsérvese ademas que las partes por un pacto ó cláusula particular de la póliza de seguros pueden derogar la disposicion de la ley que establece esa presuncion de que el asegurado al tiempo del contrato ha tenido noticia de la pérdida del buque, resultante del lapso de tiempo trascurrido desde la pérdida del mismo hasta el momento de celebrarse el contrato, contando á razon de legua y media por hora.

En este pacto ó cláusula las partes declaran que el contrato está hecho *á tenor de buenas ó malas noticias*, añadiéndose no pocas veces para mayor inteligencia, estas palabras, *renunciando á la legua y media por hora.*

Tales pactos son muy frecuentes en las pólizas de seguros.

Todo el efecto de este pacto consiste en que el lapso del tiempo

transcurrido á razon de legua y media por hora, desde el tiempo de la pérdida del buque hasta el de la celebracion del contrato, no es suficiente para hacer presumir que el asegurado tenia al tiempo del contrato noticia de la pérdida indicada, ni para que en su consecuencia se haya de declarar nulo el contrato. Pero si por otra parte quedase justificado que el asegurado tenia á la sazon tal noticia, ni esta cláusula, ni otra alguna puede impedir su nulidad; pues el asegurado al disimular esta noticia en el acto del contrato, ha cometido un dolo contra el asegurador, y no puede válidamente convenirse *ne dolus prœstetur*; *l.* 27, §. 3, *ff. de pact.*

25. En la especie siguiente se pregunta si la noticia que tenia el asegurado, al tiempo del contrato, de la pérdida del buque era suficientemente justificada. Un cierto Woulf en 21 de noviembre de 1752 hizo asegurar á la primera cámara de seguros de Paris, por cuenta de dos comerciantes de Gand una suma de 19.000 libras, y otra de 28.000 sobre un cargamento de mercaderias en el buque *el Príncipe Carlos* cargado en Gottemburgo para Ostende: advirtiéndose que las pólizas de aseguracion contenian el pacto ó cláusula *con buenas ó malas noticias*.

El buque con su cargamento habia perecido el 4 del citado mes.

Habiendo sido emplazados los aseguradores ante el tribunal del almirantazgo para el pago de estas aseguraciones, se resistieron sosteniendo ó alegando que los comerciantes de Gand tenian noticia de la pérdida del buque, cuando dieron la órden á Woulf para la aseguracion; y para su justificacion probaron que el 22 que fué el dia en que aquellos escribieron á Woulf dándole la órden, la gaceta de Amsterdam que anunciaba la pérdida del buque, habia sido pública en Gand desde la mañana. Permitida y verificada la prueba de este hecho; por sentencia del almirantazgo de 20 de setiembre de 1758 fueron declaradas nulas las pólizas de aseguracion, y condenados los asegurados al pago de la *doble prima*, y dicha sentencia fué confirmada en 29 de agosto de 1759 en la primera Cámara (*des Enquêtes*). La mala fe de los dos comerciantes apareció manifiesta, y no quedó la menor duda de que escribieron dando la órden para la aseguracion al acabar de leer la gaceta que anunciaba la pérdida del buque.

§. II.

Cuales son las cosas que pueden asegurarse.

26. Todas las cosas que estan sujetas á riesgos, pueden ser objeto del contrato de aseguracion. Pueden asegurarse las casas contra el peligro de incendios, los frutos pendientes contra los granizos y tempestades etc. etc.

Por el contrato de seguros marítimos, puede asegurarse no solo el buque sino las mercaderias cargadas en él.

27. Nuestra ordenanza de la marina, prohibe el que se haga ninguna aseguracion sobre la vida de las personas.

Ejemplo: Si un asegurador por cierta suma que le diese, convenia conmigo que si mi hijo, que va á salir para la Martínica, perece á causa de algun infortunio de la mar, como combate ó naufragio, me pagaria cien doblones de oro para indemnizarme la pérdida de mi hijo: un tal contrato será nulo. Siguiendo esta disposicion, el asegurador no puede exigir de mi la *prima*, que le prometí, y en caso de haberla recibido, debe devolvérmela, *condictione sine causa*; y yo por mi parte no puedo exigir de él la suma estipulada en caso de perecer mi hijo.

Es la razon porque el poner precio á la vida de los hombres es contra la beneficencia y la honestidad. Por otra parte siendo de la naturaleza del contrato de aseguracion el que el asegurador se encargue de pagar la estimacion de la cosa asegurada, lo que no es posible en nuestro caso, por ser inestimable la vida de un hombre libre, *liberum corpus œstimationem non recipit*, *l.* 3, *ff. si quadr.*; no puede por lo mismo ser objeto de la aseguracion.

28. Otra cosa seria si se tratara de esclavos, pues como ellos estan en el comercio de los hombres, no hay duda que admiten una estimacion, con todo M... piensa lo contrario, y dice que nunca ha visto un solo ejemplo de ello.

29. Nuestra ordenanza permite á aquellos que han rescatado cautivos, el asegurar el precio pagado por el rescate, que los aseguradores por cierta prima que reciben, se obligan á devolver á los que los han rescatado, en caso que dichos cautivos volviesen á caer prisioneros á su regreso, ó pereciesen por algun otro accidente de la mar, ó bien por muerte natural. La razon de esta disposicion es porque en este caso lo que se asegura es el precio del rescate, y no las personas.

30. La ordenanza permite tambien á los que se embarcan el asegurar la libertad de sus personas: por este contrato el asegurador, mediante la prima convenida, se obliga en caso de que durante el viage fuese uno preso por los corsarios ú otro enemigo, á pagar la suma convenida para el rescate y gastos del regreso.

31. Con respeto á lo que puede ó no asegurarse por el contrato de aseguracion marítima, hay un principio fijo, y es que solo puede hacerse asegurar aquello que está expuesto ó corre peligro de perderse, y nada mas.

Segun este principio, la ordenanza prohibe á aquellos que toman dinero *á la gruesa ventura*, el hacerlo asegurar so pena de ser nula la aseguracion.

Por ejemplo, si un armador toma un empréstito de una suma de mil pesos para emplear en el armamento de su buque, y que dicho empréstito haya sido hecho á la gruesa ventura, es decir, con la condicion de que si el buque pereciese en el viage recayera la pérdida sobre el mutuante quedando el mutuatario libre de toda responsabilidad, y que si por el contrario el buque llegase salvo al puerto, devolveria este á aquel la suma convenida entre ellos con mas una buena ganancia marítima; no corriendo el armador en este caso el peligro de la pérdida de su buque, en cuanto á la suma de mil pesos que debe caer sobre el mutuante, no puede hacer asegurar su buque en cuanto á esta cantidad, por el principio de que solo puede asegurarse lo que corre peligro de perderse.

Pero si el armador hubiese empleado en el armamento de su buque, á mas de la suma de mil pesos prestados á la gruesa ventura, otra de 500 de su propio dinero: podria hacerse asegurar esta última cantidad de 500 pesos que corre peligro de perder.

Hay otra razon por la cual la ordenanza prohibe al que ha tomado prestada una suma á la gruesa ventura el hacerla asegurar, y es que haciéndola asegurar tendria un interes en que el buque se perdiese dando lugar á fraudes para hacerlo naufragar ó apresar.

Ejemplo: Si un armador que solo ha empleado en el armamento de su buque una suma de diez mil pesos que ha tomado prestados á la gruesa ventura, sin poner en él nada suyo, pudiese hacerlo asegurar, la pérdida del buque le daria un beneficio de los

diez mil pesos que recibiria del asegurador con la sola deduccion de la *prima*, cual beneficio tendria en pura ganancia, sin haberle costado nada el armamento, pues que con la pérdida del buque queda libre para con el mutuante de la suma que empleó en él. Siendo la ganancia que le diera la pérdida del buque, mucho mas considerable que la que podria esperar si llegara salvo á puerto, es evidente el grande interes que tendria en dicha pérdida, y si fuese un hombre malo, podria valerse de fraudes y maquinaciones perversas, entendiéndose con los corsarios para hacer apresar su buque. Todo esto ha impelido á los legisladores á prohibir con severidad, y hasta con penas corporales esta especie de aseguraciones.

32. En cuanto á aquel que ha prestado una suma á la gruesa ventura, puede hacer asegurar su capital, es decir, la suma prestada, por ser el que corre el peligro en caso de perderse el buque ó el cargamento sobre el cual la prestó; pero se le prohibe el hacer asegurar el lucro de la cantidad asi prestada, es decir, el beneficio estipulado en caso de llegar el buque felizmente á puerto. La razon de esta prohibicion está conforme con el principio que sentamos, de que no se permite la aseguracion de cosas que no corren peligro de perderse: pues el lucro marítimo que el mutuante ha estipulado por el contrato de préstamo á la gruesa ventura, es una ganancia que dejará de hacer si el buque perece, y no una pérdida que corra peligro de sufrir.

33. Del principio por el cual se sienta, que solo puede hacerse asegurar aquello que corre riesgo de perderse, se desprende que no puedo hacer asegurar por un segundo asegurador lo que ya tengo asegurado por otro, puesto que para mí ya no corre riesgo. Solamente se me permite en este caso el hacer asegurar la solvencia del primer asegurador por el peligro que corre respeto de ella, y no mis efectos que estan asegurados, si él es solvente.

Haciendo asegurar por un segundo asegurador la solvencia del primero no dejo á este libre de toda obligacion; sino que el segundo accede á la obligacion del primero constituyéndose su fiador, y por lo mismo le compete la excepcion de excusion, á no haber renunciado á ella.

34. Tambien se me permite el hacer asegurar por un segundo asegurador *el coste de la aseguracion*, esto es, la prima que me obligué á dar al primer asegurador.

Ejemplo: Si me he hecho asegurar 50,000 pesos, valor del cargamento que tengo en mi buque, por una *prima* de 5,000 que me he obligado á dar á todo evento al asegurador, tanto en caso de perderse, como en el de llegar el buque felizmente á puerto; no puedo hacer asegurar estos 50,000 pesos por un segundo asegurador, puesto que estan ya asegurados y no corro peligro de perderlos: pero como caso de perderse el buque el asegurador se retendria de los 50,000 pesos que me ha asegurado la *prima* de los 5,000; en cuanto á estos 5000 pesos corro peligro de perderlos, y por lo mismo puedo hacerlos asegurar por un segundo asegurador que se obligará á pagarme dicha cantidad en caso de perderse el buque.

Se opondrá tal vez el que con respeto á esta suma de 5000 pesos no corro un verdadero peligro, ya que á todo evento, tanto en caso de perderse, como en el de llegar salvo al puerto, debo pagar al asegurador. A esto podrá responderse, que llegando felizmente el buque, no perderé la *prima* pues que seré indemnizado de ella por el provecho que reportaré de mis mercadurias, pero si se pierde el buque, ella cargará sobre mí, y por consiguiente no hay duda que corro el peligro de esta prima, y por lo mismo puedo hacerla asegurar por un segundo asegurador.

El precio que estipulo con el segundo asegurador, por el segundo contrato para que me asegure la prima del primero, se llama *prima de prima*.

Del mismo modo que puedo hacer asegurar la prima del primer contrato por un segundo asegurador, puedo tambien hacer asegurar por un tercero la *prima de prima* del segundo; *et sic deinceps*.

35. Del principio sentado de que solo puede hacerse asegurar aquello que corre riesgo de perderse, se desprende, que un asegurador puede hacer asegurar segunda vez los efectos que ha asegurado (como se verá en el n.° 178) pues que la pérdida que en ellos puede verificarse, es para él una pérdida que corre peligro de sufrir. Pero no puede igualmente hacer asegurar al propio tiempo la *prima* que le ha sido prometida en el solo caso de feliz llegada, pues esta *prima* no es para él una pérdida que corre riesgo de sufrir en caso de perderse el buque, sino la ganancia que deja de hacer.

36. A tenor del indicado principio, está prohibido á los dueños

y capitanes de naves el hacer asegurar el *flete cobradero*, á los comerciantes *la ganancia en esperanza* de sus mercadurias, á los marineros sus *salarios* que solo les serán debidos á la llegada del buque; pues que tanto el *flete cobradero* como la *ganancia en esperanza* y los *salarios* son lucros que dejan de hacerse mas bien que pérdidas que haya peligro de sufrir.

Nuestra ordenanza solo habla del flete *cobradero*, es decir, de aquel que no es debido aun al dueño de la nave hasta tanto que esta haya llegado á puerto. Con respeto al *flete adquirido*, es decir, de aquel que á tenor de lo convenido entre el dueño del buque y el comerciante debe pagársele á todo evento tanto en caso de perderse el buque y mercadurias, como en el de llegar á puerto feliz, es evidente que por parte del dueño no puede ser objeto de aseguracion ya que con respeto al tal flete no corre ningun peligro; pero puede serlo por parte del comerciante que hace asegurar su cargamento, puesto que este flete hace parte de los gastos que dicho comerciante corre peligro de perder si naufragase el buque.

37. Se probibe asi mismo el hacer asegurar la ganancia en esperanza mientras es esperada, pero una vez realizada, puede el comerciante hacerla asegurar, si hay peligro de no poderla conservar.

Ejemplo: Si un comerciante ha hecho asegurar para ida y vuelta un cargamento valor de 5,000 duros que tenia en un buque que salia para el cabo de S. Domingo, y ha tenido aviso de que sus mercadurias han llegado á dicho lugar y sido vendidas con un beneficio considerable, y que su producto, cargado para la vuelta es de valor de 10,000, puede hacer asegurar el aumento de los 5000 duros, por ser una ganancia ya realizada.

38. La presa que hace en tiempo de guerra un buque corsario autorizado al efecto es una ganancia realizada mas bien que en esperanza: y por lo mismo el dueño del buque corsario puede hacerla asegurar contra los peligros que corre hasta llegar á un puerto de la nacion que autorizó el corso.

39. Por lo que respeto á los salarios de los marineros, que solo pueden exijirlos en caso de feliz llegada, á mas de la razon indicada en el principio arriba mentado, hay otra por la cual se les prohibe el hacerlos asegurar á saber; por miedo de que teniendolos asegurados, pondrian menos cuidado en la conservacion del buque, en la que no tendrian ya el menor interes.

40. Por igual razon no se permite á ninguno de la tripulacion el asegurar los efectos que tengan en el buque sino bajo la deduccion de una decima parte que debe correr á riesgo de su dueño, á fin de que este interes le mueva á mirar por la conservacion del buque, la que le fuera tal vez indiferente si no estaba sujeto á ningun riesgo.

Lo mismo se prescribe respeto del dueño del buque, esté ó no esté en el mismo. Fúndase esto en que por mas que el dueño no esté en el buque, puede temerse que el capitan que va en su lugar, no tendria tal vez el mismo cuidado para conservarlo, si supiese que su comitente nada perderia, aun cuando naufragase.

41. Respeto de las demas personas que van en el buque, y que no tienen en su propiedad parte alguna, pueden hacer asegurar todo cuanto tengan en él, sin mas requisito que una declaracion expresa en la póliza de seguro.

42. Si el dueño de un buque lo hubiese hecho asegurar bajo el concepto de valer 6000 pesos, siendo asi que vale 10000, y el cargamento que vale 10000 por esta misma cantidad; ¿podrá el asegurador en caso de perderse el buque y el cargamento retener la décima parte de los 10000 pesos, precio del cargamento, bajo el concepto de que esta décima debia correr precisamente á riesgo del mismo dueño? Vaslin hace esta distincion; si las aseguraciones hubiesen sido hechas en un mismo contrato, el asegurador no podrá retener la décima de los 10000 pesos precio del cargamento, porque como el armador solo hizo asegurar por 6000 el buque que valia 10000, resulta que corrió el riesgo de 4000 pesos sobre el valor del buque, cantidad que excede en mucho la décima de 20000 pesos á que asciende el valor de todos los efectos que hizo asegurar. Pero si la aseguracion del buque y la del cargamento se hubiesen hecho en dos contratos diferentes, el asegurador podrá retener la décima de la cantidad por la cual se aseguró el cargamento, por cuanto el asegurado debió correr con el riesgo de esta décima parte, sin que por otra parte pueda imputarla en aquella parte en que corre el riesgo respeto del valor del buque, ya que este valor es una cosa diversa, que no se ha tomado en consideracion en la póliza de la aseguracion del cargamento. As se dice que se resolvió en una sentencia arbitral dada en la plaza de

Marsella. Esta decision no me parece justa; la décima cuyo riesgo han de correr los aseguradores, no es de los efectos que hicieron asegurar y que van comprendidos en la póliza, sino de aquellos que tienen en el buque.

43. Para computar á cuanto asciende la décima cuyo riesgo debe correr el asegurado, puede este añadir al precio de compra de los géneros, y á los gastos de carga el coste de la prima que da por la aseguracion, y de este total deducir la décima.

Ejemplo: Supongamos que la compra de los géneros me costó 1000 duros, los gastos de transporte y embarque 200, y que haya hecho asegurar sobre estos géneros la cantidad de 1150 duros pagando de prima 92, á razon de 8 p ℅. En este caso la póliza de seguros no deberá sufrir reduccion; porque los géneros junto con el coste de embarque y con la prima, forman la cantidad de 1292 duros, cuya décima parte son 129. Pero como solo hice asegurar la cantidad de 1150, resulta que en caso de perderse el buque todavia correria el riesgo de 142 que pasa mucho de la décima parte cuyo riesgo me toca correr.

44. Si contra lo dispuesto por nuestras leyes, hubiese hecho asegurar el total importe de mis efectos sin deduccion de la décima parte de su valor cuyo riesgo debo correr; no por esto será nulo el contrato, sino que deberá reducirse á la cantidad que yo podia hacer asegurar previa deduccion de dicha décima.

Asi mismo cuando alguno hace asegurar junto con una cosa cuya aseguracion es permitida, otra que no puede hacerse asegurar, como si un prestamista á la gruesa hiciese asegurar junto con el capital la ganancia marítima que espera reportar de él, el contrato de seguros no será enteramente nulo, solo lo será en cuanto á la cosa cuya aseguracion está prohibida; en cuanto á lo demas será válido.

ARTICUO II

DE LOS RIESGOS

—

§. I.

Es menester que haya un riesgo á que la cosa esté expuesta.

45. Es de la esencia del contrato de aseguracion, no solo el que

al tiempo del contrato haya una cosa que se haga asegurar, la cual sea objeto de este contrato; *supra art.* 1.° §. 1, sino tambien el que esta esté ó deba estar expuesta á los riesgos de que se constituye responsable el asegurador.

46. Sin embargo del mismo modo que en el caso en que las partes han celebrado el contrato de buena fé, sin haber sabido ni podido saber á la sazon que la cosa que se aseguraba habia ya perecido, la ley civil hace que subsista el contrato suponiendo por una ficcion del derecho que la cosa subsistia aun al tiempo del contrato, y no contando el tiempo de su pérdida sinó desde el dia en que se tuvo la noticia despues del contrato, como lo hemos manifestado en el artículo anterior, §. 1; asi mismo, cuando las partes han contratado de buena fe, sin que el asegurador supiese ni pudiese saber, al tiempo del contrato, que el buque hubiese llegado salvo al puerto, y que los riesgos con que carga por el contrato, habian cesado, la ley civil hace que dicho contrato subsista, suponiendo por una ficcion de derecho, que el buque no ha llegado á puerto, y que los riesgos no han cesado hasta el dia mismo en que se tuvo noticia de ello.

47. Pero si al tiempo del contrato el asegurador sabia ó podia saber la feliz llegada del buque á puerto el contrato es nulo, á falta de un riesgo que haya podido ser su objeto, y á mas la ordenanza conmina una pena, pues si se prueba que el asegurador tenia tal noticia se le condena á la restitucion de la *prima*, si la recibió, y siempre al pago del otro tanto al asegurado.

48. Todo cuanto hemos dicho en el §. 1 del artículo antecedente sobre las cuestiones de cuando se juzga que el asegurado supo ó pudo saber al tiempo del contrato, la pérdida de la cosa asegurada, tiene aplicacion en el asegurador con respeto á la feliz llegada del buque á salvamento.

§. II.

Cuales son los riesgos con que carga por el asegurador el contrato de aseguracion.

49. El asegurador carga por el contrato de aseguracion con los riesgos de cualesquiera casos fortuitos que pueden sobrevenir du-

rante el viage, y causar al asegurado una pérdida en las cosas aseguradas.

Hé aqui enumerados tales riesgos en el *art.* 26 del tit. 6 de nuestra ordenanza; dice: « Serán de cuenta de los aseguradores todas las pérdidas y perjuicios que sobrevengan en la mar por tempestad, naufragio, zaborda ó encalladura, abordaje, cambio de ruta, echazon, pirateria, embargo por decreto del soberano ó príncipe, declaracion de guerra, represalias, y generalmente todos los peligros á que estamos espuestos en la mar.» Estas palabras, *todas las pérdidas y perjuicios*, ¿deberán restringirse al caso de la pérdida de los efectos asegurados ó de deterioracion ocasionada por algun contratiempo de la mar, ó se comprenderán tambien todos los gastos extraordinarios á que dicho contratiempo ha dado lugar, como si sucede alguna *averia?*

Ejemplo: Si una tempestad hace encallar el buque; los gastos de reembarque de las mercancias deberán ser satisfechos por los aseguradores? Un jurisconsulto á quien comuniqué este caso, me contestó que esta cuestion ofrecia alguna dificultad. A mi me parece que los aseguradores están obligados á satisfacer estos gastos: son ellos extraordinarios para el comerciante que ha hecho asegurar una *pérdida* ocasionada por un contratiempo del mar. Nuestra ordenanza, hablando en los términos mas generales, carga á los aseguradores todas las pérdidas ocasionadas por algun infortunio de la mar. La ordenanza no dice, todas las pérdidas y perjuicios, *en las cosas aseguradas*, sino que dice en general, *todas las pérdidas y perjuicios*. Un antiguo comerciante de nombradia que demoró por largos años en uno de los principales puertos de Normandia, me afirmó que habia siempre visto á los aseguradores mas celosos para restringir sus obligaciones, no encontrar dificultad alguna en someterse á soportar las averias y gastos extraordinarios causados por algun contratiempo marítimo, para la conservacion de los efectos asegurados.

50. El artículo numera en seguida los deferentes contratiempos de mar de que debe responder el asegurador, á saber; tempestades, naufragios, etc. etc

Abordage: cuando un buque que he hecho asegurar, ha sido dañado ó maltratado por un choque con otro buque, el asegurador está obligado á indemnizarme del daño causado á mi nave por dicho contratiempo, cuando proviene de un caso fortuito, como

tempestad, ó por culpa del capitan de otro buque, en cuyo caso debo ceder mis acciones contra aquel por cuya culpa ha acaecido el abordage, y contra su comitente. Pero si la culpa es del capitan de mi buque, el asegurador ninguna obligacion tiene, á menos que haya mediada un pacto particular por el que el asegurador se haya sugetado á la responsabilidad por la *incuria ó culpa del patron*, como lo veremos en el n.º 65.

51. *Cambio de derrota*: La disposicion que carga á los aseguradores las pérdidas y perjuicios ocasionados por casos fortuitos, aun en caso de *cambio de derrota*, debe entenderse en el caso en que el cambio haya sido forzado, como cuando ha sido causado por los vientos contrarios, ó por miedo de caer en poder de piratas ó de enemigos; pero si se hiciese sin necesidad, los aseguradores quedarian libres de toda responsabilidad, como veremos en el n.º 72 y siguientes.

O del trasborde: Lo que debe igualmente entenderse en el caso en que haya sido por necesidad el haber tenido que trasbordarse á otro buque las mercadurias aseguradas; como si por una tempestad el barco en el cual iban cargadas y aseguradas, hubiese sido destrozado, ó amenazase hundirse, en este caso los gastos que son menester para cargarlas en otro buque, recaen sobre los aseguradores.

52. *Echazon*. Cuando alguno se ha visto obligado á echar las mercancias aseguradas al mar, no hay duda que los aseguradores deben pagar el valor de ellas al asegurado, quedándoles salvas las acciones del asegurado para dirigirse contra aquellos que están obligados á contribuir en la indemnizacion.

Cuando son otras las mercancias que han sido echadas al mar, de manera que para indemnizar esta pérdida deba contribuir el dueño de las mercancias aseguradas ¿debe ir esta indemnizacion á cargo de los aseguradores? Creo que si, pues aunque esta pérdida que afecta al asegurado, sea una pérdida que no sufra en las mismas mercadurias que hizo asegurar, basta que la sufra por causa de ellas, y que sea causada por un contratiempo de mar, para que el asegurador deba soportarla é indemnizarla al asegurado.

Añádase á esto que siendo los aseguradores los que se aprovechan de la echazon, ya que con ella se han conservado las mer-

cadurias, que corrian de su cuenta y riesgo, ellos son los que deben pagar la cuota correspondiente en la indemnizacion. Por igual razon se obliga á los mutuantes á la gruesa á contribuir en las indemnizaciones de averias comunes.

53. *Incendio.* Los aseguradores están obligados, siempre que por algun caso fortuito el fuego prende en el buque, como si acaece por algun rayo, ó en un combate: pero siendo por negligencia y culpa de los marineros, ninguna obligacion tendrán, á menos que por algun pacto particular se hubiesen sugetado á la indemnizacion de pérdidas causadas por descuido del patron. Véase *infra*, n.º 65.

Ha acontecido alguna vez que los capitanes no pudiendo ya defender el buque, lo han incendiado para no caer en manos de los enemigos. El llevar las cosas á semejante extremo está prohibido, á no ser que el capitan tenga medio para hacer salir la tripulacion del buque antes que el fuego haya prendido en él. Si el capitan despues de haber tomado esta precaucion hace quemar el buque; se pregunta si los aseguradores pueden excusarse de indemnizar esta pérdida, so pretexto de que ha sido ocasionada por un hecho del capitan. Yo creo que los aseguradores deben indemzarla y que no pueden oponer el que haya sido quemado el buque por hecho del capitan, pues este ha tenido un justo motivo para ello; y aun cuando el buque no hubiese sido incendiado, no por esto habria dejado de perderse, pues se supone que la aprehension hubiera sido sin esto inevitable.

54. *Presas.* Ya sea que la presa haya sido con motivo de una guerra justa ó injusta, ya por hostilidad ó por los piratas, ó sea de la manera que se quiera, lo cierto es que no deja de ser un contratiempo de la mar que debe correr de cuenta de los aseguradores.

¿*Quid*, si los aseguradores probasen el hecho de que el buque fué preso por causa de la cobardia del capitan que rindió el buque al primer cañonazo, cuando aun podia defenderse? Se me ha asegurado que semejante prueba era inadmisible en los tribunales, pues se presume que el capitan cuando se rindió, no pudo hacer otra cosa.

55. *Pillage.* La pérdida de los efectos asegurados ocasionada por pillage en caso de naufragio por los ladrones de la costa donde las olas los han arrojado, es un contratiempo de la mar que debe correr de cuenta de los aseguradores.

56. *Embargo mandado por el Príncipe.* El embargo se diferencia de la presa, en que la *presa* del buque se verifica en alta mar, el embargo en un puerto ó rada donde se encuentra el buque.

La ordenanza cuenta entre las diferentes especies de infortunios de mar que deben recaer sobre los aseguradores, *el decreto del Príncipe*: no obstante deben hacerse algunas distinciones, ó el embargo se ha verificado en pais estrangero por órden del príncipe de aquel pais, ó en un puerto del reino de órden del rey: en el primer caso es necesario distinguir aun la circunstancia que lo ha motivado, y si hay ó no esperanza de desembargo. Cuando al embargo ha precedido una declaracion de guerra, ó fué hecho en virtud de represalias, es un contratiempo de mar que recae sobre los aseguradores, y el asegurado puede incontinenti, aun cuando la confiscacion no hubiese sido todavia pronunciada, abandonar á los aseguradores los efectos asegurados, y exigir de ellos la suma convenida por el seguro.

Pero si el embargo tuvo lugar en tiempo de paz, como que hay en este caso esperanza de que se levante el embargo, no puede este ser desde luego considerado como un contratiempo de mar de que deban responder los aseguradores, y el asegurado haria mal en pedir sin dilacion la suma asegurada, abandonando á los aseguradores los efectos asegurados; pues para ello se requiere el tiempo designado por nuestra ordenanza, y que no haya podido durante este tiempo obtener el desembargo del buque, y que justifique haber practicado las diligencias que está obligado á hacer al efecto. Este tiempo es de seis meses contaderos desde el dia de la notificacion del embargo del buque, hecha á los aseguradores, si el embargo se ha verificado en Europa ó en Berberia, y de un año si en pais mas lejano.

Cuando los efectos asegurados consisten en mercancias de esas que se echan á perder facilmente, el término será de seis semanas en vez de seis meses, ó de tres meses en lugar de un año.

57. Aunque el asegurado que ha obtenido el levantamiento del embargo del buque durante este tiempo ó despues, pero antes de haber abandonado á los aseguradores los efectos asegurados, no pueda ya hacerlo mas adelante, con todo puede pedirles que le indemnicen los perjuicios ocasionados por el menoscabo sobrevenido en las mercancias durante el tiempo del embargo, ó por la

manutencion y salarios de los marineros durante dicho tiempo por la parte que le corresponde: es una averia que va á cargo de los aseguradores.

Cuando el príncipe en caso de necesidad se apodera del todo ó de una parte de los efectos asegurados, pagando el precio de ellos, el asegurado como que recibe el precio de sus mercancias, ninguna pérdida sufre, y por lo mismo, ningun recurso tiene contra los aseguradores.

58. Si el embargo fué hecho por causa de contrabando, y se halla que las mercancias aseguradas eran realmente de ilícito comercio, siendo en su consecuencia adjudicadas al fisco, ¿debe recaer esta pérdida sobre los aseguradores?

Ejemplo: Un comerciante francés ha hecho cargar clandestinamente en España géneros de sederia, contra las leyes de España que prohiben su exportacion: el buque ha sido detenido por los carabineros españoles y decomisados los géneros, ¿los aseguradores están obligados á soportar esta pérdida? Vaslin está por la afirmativa, con tal que los aseguradores hayan tenido noticia de que los géneros asegurados eran de contrabando; pero no, si lo ignoraban, pues no podria reputarse que se sometieron al riesgo de la confiscacion por causa de contrabando, no teniendo noticia de que los géneros estaban expuestos á tal riesgo.

Vaslin cita una sentencia del almirantazgo de Marsella, de 30 de Junio 1758 que juzgó conforme á su opinion en la especie indicada, la que fué confirmada por decreto del parlamento de Aix del 30 Junio siguiente, con una muy larga consulta que contiene las razones sobre que los jueces la fundaron. Estas se reducen á decir que á la verdad no es permitido á un francés el hacer en Francia el comercio de contrabando que las leyes del reino prohiben, y que por consiguiente el contrato de aseguracion para favorecer y asegurar semejante comercio encargándose los aseguradores del riesgo del comiso por dicha causa, seria un contrato ilícito y nulo: pero no está prohibido á un francés el hacer en pais estranjero el comercio de contrabando solo ilícito por las leyes de aquel pais, á las que segun dicho autor no está sujeto un francés: pues no siendo este comercio ilícito para él, el contrato de aseguracion que media para asegurar este comercio, nada tiene tampoco de ilícito, y puede cargar licitamente por este contrato á los ase-

guradores del riesgo del comiso por causa de este contrabando, del mismo modo que de los demas contratiempos de la mar.

Este principio me parece falso, pues es falso el que sea permitido á un francés el hacer en pais extranjero el comercio de contrabando prohibido por las leyes del tal pais. Aquellos que comercian en un pais, están tanto por derecho de gentes, como por la ley natural, obligados á conformarse con las leyes del pais donde hacen este comercio. Cada soberano tiene imperio y jurisdiccion sobre todo lo que se hace en el pais donde tiene el derecho de mandar, y por consiguiente el derecho de dictar, para el comercio que se hace en sus estados, las leyes que obligan á todos aquellos que lo hacen, tanto si son extranjeros, como si son súbditos suyos. No puede disputarse á un soberano el derecho de retener en sus estados ciertas mercancias que están allí, y de prohibir su exportacion, el exportarlas contra sus órdenes, seria menospreciar ese derecho; y por consiguiente una injusticia. De otra parte aun cuando, lo que es falso, un francés no estuviese sujeto á las leyes de España por el comercio que en aquel pais hace, no puede dejar de convenirse en que los españoles de quienes por precision debe servirse están sujetos á estas leyes, y que faltan gravemente ayudándole á verificar la exportacion prohibida por dichas leyes; luego no puede hacer este comercio de contrabando en España, sin inducir á los españoles á faltar á sus deberes, y falta él mismo; pues falta es el inducir á alguno á que no cumpla con su deber. Este comercio es pues ilícito, y contrario á la buena fé, y por consiguiente el contrato de aseguracion para favorecer y asegurar este comercio cargando el asegurador con los riesgos del comiso á que se expone, es particularmente ilícito, y por lo mismo no puede producir ninguna obligacion. (1)

59. Pasemos al segundo caso, que es cuando la detencion del buque se ha verificado en los puertos del reino por orden del Rey.

Las causas mas ordinarias por las que el rey hace detener los buques, son cuando en tiempo de guerra ó al amenazar esta, á fin de evitar la presa de los buques, manda el Rey que sean detenidos

(1) En la actualidad no son muy atendidas las razones morales y concienzudas de nuestro autor; pues vemos establecidas públicamente en Francia y otras naciones algunas compañias cuyo único objeto es asegurar las mercancias de ilícito comercio hasta el corazon del pais en que está prohibida su importacion, contra los riesgos de ser decomisadas. Nuestro siglo *ilustrado* mira con indiferencia la grande desmoralizacion que esto produce ya directa ya indirectamente. (*N. de los edit.*)

en sus puertos hasta tanto que puedan partir en flota, y ser escoltados por naves de guerra.

Cuando se verifica la detencion *antes de empezar el viage*, no podrán los asegurados por dicha causa hacer dimision de sus efectos á los aseguradores. Resulta pues por un argumento *á contrario* que si acaeciese la detencion *despues de empezado el viage*, aunque dentro de un puerto del reino donde el buque hubiese tenido que arribar, y aunque esta detencion fuese de orden del rey; entonces los asegurados podrian hacer dimision de sus efectos á los aseguradores para obtener la indemnizacion pactada, de la propia suerte que cuando la detencion se verifica en pais extranjero, y por orden de un príncipe extranjero; he aqui como raciocina Vaslin.

La razon de diferencia entre el caso de detencion del buque verificada antes ó despues de salir para el viaje, está como lo veremos mas abajo, en que el tiempo del riesgo con que cargan los aseguradores con respeto al buque, no empieza sino desde el dia de la partida. Asi lo entiende cierto autor cuando dice que la detencion antes de la salida del buque solo es un *riesgo de tierra* que no corre de cuenta de los aseguradores.

60. Cuando la detencion del buque se hace antes de su salida, y solo para retardarla esperando una escolta, subsiste el contrato, les basta á los aseguradores el no estar obligados á indemnizar al asegurado por la pérdida que le ocasiona el retardo, y por lo mismo no pueden sin su consentimiento apartarse del contrato.

Cuando la detencion se hace de orden del rey por serle necesario el buque, puede aun el asegurado en esto caso hacer subsistir el contrato, trasbordando los efectos asegurados á otro buque notificándolo á los aseguradores, sin cuyo requisito el contrato seria nulo.

Si se verifica la detencion para sacar del buque algunos efectos de que necesita el estado, el contrato subsite en lo sobrante, disminuyendo la prima á proporcion.

Cuando la detencion se verifica solo porque el rey necesita al capitan, el dueño puede nombrar otro, sin menoscabo de contrato de seguros.

61. *Declaracion de guerra*: Los riesgos á los cuales una declaracion de guerra sobrevenida despues del contrato de aseguracion, expone al buque y su cargamento, son de aquellos riesgos que corren de cuenta de los aseguradores, por mas que el contrato se haya verificado en tiempo de paz, sin que se pensara en guerra. ¿Pero el precio de la prima debe en este caso ser aumentado? Véase esta cuestion *infra*, *n.* 83.

Represalias: Se recorre á las represalias, cuando una potencia vecina que pretende que hemos negado la justicia debida á sus súbditos, les concede á estos patentes de represalias, dándoles poder para perseguir en corso á nuestros buques, cuales represalias son bastante parecidas á una declaracion de guerra.

Y generalmente *todos los demas contratiempos de mar*. Estos términos generales comprenden todos los casos extraordinarios de fuerza mayor que pueden causar ó la pérdida de las cosas aseguradas ó algun menoscabo en las mismas.

62. Ahora nos resta saber por cuanto tiempo están sujetos los aseguradores á los riesgos de las cosas aseguradas, y cuando comienza y fine este tiempo. Sobre la primera cuestion es menester ceñirse á lo establecido en la poliza de aseguracion: algunas veces se hace solamente por el tiempo de ida, otras por el de ida y vuelta, en cuyo caso los aseguradores corren con los riesgos hasta á la vuelta del buque.

Cuando las partes no lo expresan, solo se entiende hecha la aseguracion para la ida y no para la vuelta.

Alguna vez la aseguracion se hace para cierto tiempo limitado sin designacion de viaje; como cuando se dice simplemente, que los aseguradores han asegurado tal buque por el tiempo de seis meses. Esta especie de aseguracion se hace con respeto á los buques armados en corso. Los aseguradores en este caso solo responden de los riesgos durante el tiempo convenido, espirado el cual quedan de todo punto libres, por mas que el buque esté aun en la mar, y ganan la *prima*, salvo las pérdidas y averias que hayan podido tener lugar antes de espirar dicho plazo.

Pero cuando la aseguracion se hace para un viaje designado en la póliza, aunque en ella se haya limitado el tiempo del mismo, los aseguradores responden de todos los riesgos que pueden suceder durante dicho viaje, aun de aquellos que acontezcan despues de espirado el tiempo que se limitó en la poliza, no al efecto de que los aseguradores queden descargados de los riesgos despues de aquel plazo, sino al solo efecto de que si el viaje se prolongara por mas

tiempo, se aumentaria la *prima* en proporcion, sin que por esto se disminuyese en caso de durar menos.

63. Por lo que respeta á la segunda cuestion, esto es, cuando las partes no han expresado el tiempo en quo debia empezar y cesar la responsabilidad de los aseguradores, ha de tenerse entendido que en cuanto al buque y á sus aparejos, empieza desde que se hace á la vela hasta que está anclado en el puerto de su destino y amarrado al muelle.

Con respeto de las mercancias la responsabilidad de los aseguradores empieza desde el momento en que son cargadas en el buque, ó en las lanchas para trasladarlas á bordo, y dura hasta que estén depositadas en tierra, en el muelle, en el lugar de su destino.

Esto que se dice de que el tiempo del riesgo para las mercancias no empieza á correr hasta despues de cargadas en el buque, tiene lugar no solo con las que están cargadas en el puerto de donde parte sino tambien con las que deben cargarse en los puertos donde ha de hacer escala; y los aseguradores que las han asegurado con las que fueron cargadas al tiempo de la indicada salida, no empiezan á ser responsables del riesgo hasta despues de cargadas; pues en tanto que están en tierra, aunque destinadas para ser embarcadas, y por mas que el buque esté en el puerto á este efecto, no corren aun á riesgo de los aseguradores hasta que se haya realizado el embarque.

§. III.

Cuales son las pérdidas y perjuicios de que no responden los aseguradores.

64. REGLA PRIMERA. « Los aseguradores no responden de las pérdidas, daños y perjuicios acaecidas por culpa del capitan y marineros. »

Los riesgos de las pérdidas y perjuicios que toman sobre sí los aseguradores por el contrato de aseguracion, son aquellos que pueden suceder por contratiempos de la mar, es decir, por algun caso de fuerza mayor á la cual no puede resistirse, *vis divina.* Es evidente que la impericia, ó la falta de cuidado y de atencion del capitan y de los marineros no puede comprenderse bajo el nombre de fuerza mayor, antes son cosas opuestas á ella. Los aseguradores pues por este contrato no deben responder de las pérdidas y perjuicios ocasionados por culpa ú omision de estas personas. Los comerciantes cuyas mercadurias han sido deterioradas, no pueden dirigirse contra los aseguradores, pero les queda la accion *ex conducto* contra el capitan ó patron con quien han contratado para el trasporte de sus mercadurias, y la accion *exercitoria* contra el dueño del buque que le nombró: y el dueño tiene una accion semejante contra el patron que se encargó de la direccion de su buque.

Los perjuicios que puede causar el patron, son los que provienen de no haber cerrado bien las escotillas, amarrado el buque, provisto de buenas guindartes, cuadernales y cordages. etc.

65. Aunque los aseguradores no responden de tales pérdidas y perjuicios, pueden obligarse á ello por un pacto particular.

El asegurador que hubiese contraido esta obligacion, y por ella debiese indemnizarle al comerciante los indicados perjuicios, está de pleno derecho subrogado en las acciones que á este le competen tanto contra el patron como contra el dueño del buque.

El asegurador puede hacer esta convencion no solo con los comerciantes, sino tambien con el dueño del buque, con tal sin embargo de que este no dirija por sí mismo su buque: pues es evidente que no puedo válidamente pactar con alguien que tome á su cargo las faltas que yo cometeré: esto seria una convencion que invitaria *ad delinquendum.* Mas aun cuando el patron fuese hijo del dueño del buque, este puede válidamente pactar que el asegurador cargue con los faltas del patron, como si el patron fuese un extraño.

66. REGLA SEGUNDA; Los menoscabos, disminuciones y pérdidas que provienen de algun vicio propio de la cosa, no recaen sobre los aseguradores.

Fúndase esto en que los aseguradores solo cargan con los casos fortuitos, que siempre son extraordinarios, y estos de que trata la regla son comunes, ordinarios, naturales.

Segun esta regla los aseguradores no responden de la disminucion que sufran las mercancias por el derrame ó mermas á que naturalmente están sujetas.

Pero si una tempestad ocasionase un derrame ó merma mucho mas considerable de lo ordinario, los aseguradores estarán obligados á indemnizar tal disminucion, previa deduccion arbitral de

las mermas ordinarias, con tal sin embargo de que los asegurados hayan hecho en la póliza una declaracion de sus mercancias sujetas á derrame, como lo veremos mas abajo.

Segun esta regla, si el buque de cuya ida y vuelta responden los aseguradores, se encuentra en tan mal estado que no puede volver por ser demasiado viejo y carcomido, los aseguradores no corren con esta pérdida. Otra cosa seria si algun golpe de mar ó algun otro accidente le hubiese dejado en un estado inservible.

Segun la misma regla, cuando los animales ó los negros mueren de muerte natural, ó cuando los negros se suicidan de desesperacion, el asegurador no responde de esto; pues que son pérdidas acaecidas por naturaleza ó vicio de la cosa, y alguna vez por negligencia del patron, y no pueden cargarse al asegurador á no haber cargado con ellas expresamente: otra cosa seria sí muriesen en un combate, ó se ahogaran en una tempestad.

67. REGLA TERCERA: « Los aseguradores no deben abonar los « derechos de pilotage, atoage, como tampoco los de permiso, « visita y ancorage, ni de todos los demas impuestos sobre buques « y mercancias. »

Pilotage es el derecho que los capitanes de los buques pagan al piloto práctico de que se sirven para entrar y salir con seguridad de los puertos, y para evitar los peligros que se encuentran en las costas.

Atoage es aquello que se paga á los que halan ó tiran con maromas el buque en los rios, para conducirles á la corriente del agua.

Todos estos gastos como que son ordinarios del viage, no corresponden á los aseguradores, que solo responden de los accidentes extraordinarios.

Mas si hubiese ocasionado estos gastos algun accidente extraordinario, como si un buque por causa de tempestad ó persecucion de corsarios se hubiese visto obligado á arribar á un puerto, á que no habria tocado sin esta causa, los gastos de pilotage, atoage y demas que tuviese que hacer para entrar y salir del puerto, ¿correrán á cargo de los aseguradores?

Un sabio jurisconsulto piensa que los aseguradores ni aun en este caso están obligados á ello, porque solo toman sobre si las *pérdidas*, y estos son gastos de conservacion, mas bien que pérdidas. Segun la opinion contraria, cuando un buque se ha visto obligado á arribar á un puerto á causa de un accidente extraordinario de fuerza mayor, los gastos por este accidente ocasionados son una verdadera pérdida para el asegurado, causada por un contratiempo de mar. Es asi que los aseguradores responden en general de todas las pérdidas ocasionadas por los contratiempos de mar; luego los gastos de pilotage etc. que no van á su cargo, son los ordinarios, no los extraordinarios de que hablamos.

Derechos de permiso, es decir de pasaporte que el patron debe tomar del capitan del puerto para cada viage.

De visita, son aquellos que corresponden á los oficiales de la capitania del puerto por la visita de los buques.

De ancorage, los que se devengan por el permiso de anclar el buque en cada puerto.

Ni de los demas derechos impuestos sobre buques y mercancias, como los de amarrar el buque en el muelle, los de entrada y salida de las mercancias, etc.

Todos estos derechos, como los de *pilotage y atoage*, son gastos ordinarios del viage que no pueden corresponder á los aseguradores.

68. REGLA CUARTA. « Los aseguradores no responden de los « riesgos, cuando el asegurado se ha separado de lo expresado en « la póliza, á menos que sea con su consentimiento ó en caso de necesidad. »

Ejemplo: Cuando las mercadurias que debian cargarse en cierto buque nombrado en la póliza de aseguracion, han sido cargados en otro, supongamos que la póliza de aseguracion dice que los aseguradores me han asegurado ciertas mercadurias de valor 45000 reales, las que debian ser cargadas en tres partes iguales en los tres buques *San José, el Triton y la Sirena*, si estas mercadurias en vez de haberse dividido entre los tres buques han sido todas cargadas en el buque *San José*, los aseguradores no corren los riesgos de la suma entera de 45000 reales que han asegurado, sino únicamente la de 15000 valor de las mercadurias que debian ser cargadas, segun lo expresado en la póliza, en el buque *San José*, y con respeto á las que en nada me he separado de lo expuesto y convenido en la póliza. Mas no corren los riesgos de los demas 30000 reales valor de las otras mercadurias con respeto á las cuales me he separado de lo convenido en la póliza,

cargándolas todas en el buque *San José*, cuando debian serlo en el *Triton y la Sirena*.

No habiendo, por lo dicho, tenido cumplimiento el contrato de aseguracion con respeto á las dos terceras partes de los efectos asegurados, los aseguradores devolverán los dos tercios de la *prima*, reservándose sin embargo un medio por ciento por los perjuicios resultantes de la falta de cumplimiento del contrato.

69. Si los buques *el Triton y la Sirena* perecen igualmente que el *San José*; ¿podrán los comerciantes pretender que los aseguradores carguen con la pérdida de las mercadurias que debian haber sido cargadas en dichos buques, que tambien han perecido? No, pues el contrato de aseguracion ha sido disuelto de pleno derecho con respeto á dichas mercadurias en el mismo instante de separarse el asegurado de la ley del contrato cargándolas en otro buque diferente del en que debian haber sido cargadas.

70. Cuando el cambio de buque se ha hecho consintiéndolo los aseguradores, no hay duda que subsistirá el contrato, y que corren de cuenta de los aseguradores los riesgos de dicho buque en que han consentido que las mercadurias fuesen cargadas.

Lo mismo debe decirse, cuando durante el curso del viage las mercancias han debido por necesidad cargarse en otro buque, por haberse inutilizado aquel en que iban; y cuando esto sucede, sea por algun contratiempo de la mar, sea por ser viejo ó carcomido el buque, el contrato subsistirá, y los aseguradores continuarán siendo responsables de los riesgos de las mercancias que por necesidad han sido trasladadas á otro buque.

71. Pero si el cambio se hiciera sin necesidad alguna, y solo de órden del asegurado sin consentirlo los aseguradores, estos quedan libres de toda responsabilidad sin que estén obligados á la devolucion de la prima, pues habiendo el contrato tenido su cumplimiento hasta verificarse este cambio, y habiendo los aseguradores empezado á correr los riesgos, han ganado la *prima*.

72. Los aseguradores están encargados de los riesgos durante el viage y ruta mencionados ó trazados por la póliza, si se varia quedan descargados, porque los riesgos que en tal caso se corren, no son aquellos que tomaron sobre sí los aseguradores.

Hé aqui porque si el asegurado sin consentimiento de los aseguradores envia el buque á un lugar mas lejano de lo convenido en la póliza, luego que llega á la altura que excede de lo estipulado en dicha póliza, los aseguradores quedan libres, y ganan la *prima*.

73. El simple cambio de ruta hecho sin el consentimiento de los aseguradores, y sin necesidad basta á los aseguradores para quedar libres de toda responsabilidad de los riesgos.

Por esto cuando la aseguracion se hace para un viage que el buque debe hacer para tal lugar marcándole la ruta y escalas, si el buque sin necesidad la varia aun que sea dirigiéndose al indicado lugar, los aseguradores no serán responsables de los riesgos que corra el buque por el mencionado cambio de ruta.

Otra cosa seria si el cambio se hiciera por necesidad, como para evitar el encuentro de los corsarios.

74. Cuando en la póliza hay un pacto por el que se permite al patron del buque *hacer rumbo á derecha é izquierda*, el *hacer escalas, ir y volver*, este pacto autoriza al asegurado para desviarse de la ruta, para tocar á algun puerto que esté á derecha ó izquierda para descargar allí las mercancías, cargar otras en lugar de las que han sido descargadas: ir y volver de un puerto á otro aun retrogradando, de manera que el buque vuelva á su ruta para irse al destino expresado en la póliza: pero no es permitido cambiar enteramente de viage, pues si asi se hiciese, los aseguradores quedarian libres no obstante el pacto.

ARTICULO III.

DE LAS DEMAS COSAS QUE SON DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE ASEGURACION.



§. I.

De la suma que los aseguradores se obligan á pagar en caso de perderse las cosas aseguradas.

75. Es de la esencia del contrato de aseguracion el que haya una suma que los aseguradores se obligan á pagar en caso de perderse las cosas aseguradas.

Esta suma está ordinariamente fijada en la póliza: con todo esta fijacion no es de la esencia del contrato; y los aseguradores

podrán obligarse á pagar en caso de perderse las cosas aseguradas, su valor segun la estimacion que se haga de ellas.

76. Esta suma no debe exceder del verdadero valor de las cosas aseguradas, lo que es una secuela del principio ya sentado de que solo puede hacerse asegurar tanto como hay riesgo de perder: por lo que si las mercancias valen 10,000 duros, como perdiéndolos no corro mas riesgo que de la pérdida de los 10,000 duros, no puedo hacerlas asegurar por una suma mayor.

Cuando se hace asegurar alguna cosa por una suma que excede de su valor, es menester distinguir si el que la ha hecho asegurar, lo ha hecho á sabiendas teniendo noticia de su valor, ó ignorándolo.

En el primer caso es nulo el contrato.

Si un comerciante tiene sus mercancias puestas en un buque por valor de 45,000 duros y las hace asegurar por un primer contrato hasta 15.000 duros, por otro segundo hasta en 20,000, y á mas por un tercero lo que le resta asegurar que ha declarado ser del valor de 30,000 duros; los dos contratos primeros deben subsistir, por haber sido hechos por sumas que no exceden del valor de los efectos asegurados: solo el tercer contrato es nulo en razon de que se ha hecho por 30,000 duros, cuando lo que le restaba para asegurar, solo ascendia á 10,000.

77. Cuando un comerciante ha hecho asegurar sus géneros por una suma mayor de su valor sin fraude é ignorándolo, la aseguracion no es enteramente nula; solo debe reducirse á la suma del valor de los efectos asegurados.

78. El que ha hecho asegurar sus efectos por una suma mayor de su valor, se presume, en caso de duda, que lo hizo de buena fe y por ignorancia, pues el fraude no se presume nunca: toca á los aseguradores cuando lo alegan, y piden en su consecuencia la nulidad de la aseguracion, el justificarlo.

79. Cuando el cargamento ha sido asegurado por una suma menor de su valor, y esta aseguracion ha sido hecha indeterminadamente, los riesgos se dividen entre el asegurador á prorata de la suma que ha asegurado, y el asegurado por lo sobrante.

Ejemplo: Yo he hecho asegurar una suma de 45,000 rs. sobre un cargamento que tengo cuyo valor es de 60,000; si acontece una pérdida de 2000 el asegurador cargará con las tres cuartas partes y yo con una; pues no habiéndose hecho la aseguracion so-

bre ciertos efectos determinados del cargamento, sino indeterminadamente, ninguna razon hay para cargar la pérdida de aquellos que han perecido, al uno mas bien que al otro, á la parte asegurada mas bien que á la que quedaba para asegurar.

80. ¿*Quid*, si antes que esta pérdida hubiese acaecido durante el curso del viaje, yo hubiese retirado del buque los efectos por los 15000 rs. que quedaban para asegurar, y solo hubiese dejado de ellos por la suma de 45000 rs. que está asegurada; los riesgos correrán solo de cuenta del asegurador? En caso de pérdida total del cargamento no tiene lugar la cuestion: pues en este caso es bien indiferente al asegurador el que el asegurado haya ó no retirado la parte del cargamento que no está asegurada, pues que en caso de pérdida total tanto si la ha retirado como si no, el asegurador deberá siempre satisfacer la misma suma de 45000 rs. Tiene lugar la cuestion cuando se trata de pérdidas parciales y averias pues el asegurador á fin de no sobrellevarlas solo, tiene interes en que la parte no asegurada quede en el buque, á fin de dividir las dichas pérdidas y averias con el asegurado, ó con un segundo asegurador á quien el asegurado hubiese hecho asegurar la parte que quedaba por asegurar en el buque.

Este interes que tiene el asegurador en que la parte no asegurada por él quede en el buque, ¿le ofrece un medio suficiente para sostener que en caso que el asegurado la haya retirado de allí, no debe sufrir las pérdidas y averias sobrevenidas despues, sino en la parte que las habria sufrido, si esta parte no hubiese sido retirada? Vaslin está por la negativa, porque era cosa meramente *accidental* el dividir el asegurador las pérdidas y averias con el asegurado, en el caso en que la parte que no ha asegurado, hubiese quedado en el buque el asegurado no se ha obligado á dejarla en él y no se ha abdicado de la facultad de dar pronta y facil salida á dicha parte de sus mercancias durante el curso de su viaje, en los puertos donde el buque hiciese escala. El asegurador no tiene pues motivo para negarse á cargar solo con las pérdidas y averias sobrevenidas despues, cuando en el buque ya no hay mas que la parte asegurada. Con todo podria hacerse sobre esto una distincion, y es que cuando esto sucede en el curso del viaje, y por convenir al comercio del asegurado el que retire una parte de sus mercancias para venderlas y darles fácil salida en los puertos donde el buque hace escala, el asegurador no tiene de que quejarse: pero si estan-

do el buque próximo á llegar al puerto de su destino, hubiese el asegurado hecho descargar una parte de sus efectos con el único objeto de sacar libre de toda participacion en las averias que habia motivo para temer, la parte no asegurada, y de hacer recaer los desperfectos enteramente sobre la parte asegurada; en este caso se podria decir que el asegurador no debe indemnizar la averia, sino en la misma proporcion en que debiera haber contribuido, si la parte retirada hubiese quedado en el buque, ya que no debió el asegurado sacrificar á su interes el del asegurador.

§. II.

De la prima.

81. La cuarta cosa que es de la esencia del contrato de aseguracion, es que haya alguna cosa que el asegurado dé ó se obligue á dar al asegurador por precio de los riesgos con que carga, lo que se llama en el contrato de seguros marítimos, *la prima de aseguracion.*

Llámase *prima* porque se pagaba *primo* y antes que todo, aun antes que con la salida del buque empezaran los riesgos.

Con todo despues se introdujo el uso de no pagar al contado, sino por medio de una letra que se llama *letra de prima*, pagada al vencimiento del plazo estipulado.

Es ya una costumbre el que esta *prima* consista en una suma de dinero convenida entre las partes á razon de tanto por ciento de la suma asegurada.

Algunas veces se conviene en que se pague una suma por cada mes que dure el viaje, y alguna vez tambien una sola suma por todo el tiempo del viaje.

Cuando la aseguracion se hace tanto para la ida, como para la vuelta, se conviene en una suma para la ida, y en otra para la vuelta. Alguna vez por una misma suma para ida y vuelta, lo que se llama *prima unida* por unir en una las dos de ir y de volver.

82. La prima para que sea conforme á equidad, debe ser el justo precio de los riesgos de que el asegurador se encarga por el contrato: pero como no es facil determinar cual sea este justo precio, debe dársele una extension muy grande, y reputar por justo

aquel en que las partes se han convenido entre si, sin que ninguna de ellas pueda alegar que ha sufrido lesion.

83. Como que la prima es el precio de los riesgos con que cargan los aseguradores, es evidente que debe ser mas ó menos considerable á proporcion de los riesgos y de su duracion.

Por esto como los aseguradores corren muchos mas riesgos en tiempo de guerra que en tiempo de paz, la *prima* debe ser mucho mas considerable en el primer caso que en el segundo.

Pero cuando el contrato se hizo en tiempo de paz por una *prima* muy módica: sin ningun pacto que la aumentará en caso de sobrevenir una guerra, caso que esta sobrevenga, ¿tendrán los aseguradores fundamento, para pedir el aumento de la *prima*? Esta cuestion se ha suscitado no pocas veces en los tribunales al principio de la última guerra. Las razones para negar el aumento de la prima eran, que en todos los contratos solo se atiende al precio que vale la cosa al tiempo del contrato, y no al que ha valido despues.

Por ejemplo, en un contrato de venta, cuando yo he comprado una cosa por el precio que valia al tiempo del contrato, por mas que por circunstancias imprevistas haya triplicado dicho valor despues del contrato, el vendedor no podrá con razon pedirme el aumento del precio: lo mismo debe decirse en un contrato de aseguracion hecho en tiempo de paz: habiéndose encargado el asegurador á la sazon por el precio convenido de todos los riesgos á que mis efectos podian estar expuestos, en los cuales van comprendidos aquellos á los cuales el caso de sobrevenir una declaracion de guerra podia exponerlos, por mas que el valor de los riesgos de la guerra haya subido de punto despues del contrato por causa de que la guerra deja de ser una contingencia para convertirse en una realidad, parece que no por esto tiene motivo fundado el asegurador para pedirme un aumento; pues que estos riesgos de la guerra con que ha cargado por el contrato, no deben estimarse con respeto á lo que valian despues del contrato, en tiempo en que la guerra era ya indudable, sino solamente con respeto al precio que tenian al tiempo del contrato en que era incierto é inesperado un tal acontecimiento. A consecuencia de estos principios, los aseguradores ingleses, que antes de las últimas *hostilidades* habian asegurado por una *prima* muy módica muchos de nuestros buques y efectos, no tuvieron dificultad en pagar el precio

de sus aseguraciones por los objetos asegurados que despues de las hostilidades fueron presos por los corsarios de su nacion, sin que pidieran aumento alguno de la *prima*. A pesar de todas estas razones, el tribunal del almirantazgo del Havre determinó acordar á los aseguradores un aumento de *prima*, proporcionado al aumento de los riesgos causados por la guerra, por mas que las pólizas hechas en tiempo de paz fuesen puras y simples: y las sentencias de este juzgado fueron en esta parte confirmadas, todas las veces que se ha intentado la apelacion. Las razones sobre que se fundaron son evidentes. Era de una necesidad absoluta é indispensable para el interés del comercio marítimo el prevenir y evitar la ruina de los aseguradores y de los establecimientos de seguros, que habria sido infalible sino se les hubiese acordado este aumento de *prima*. Estos aseguradores en atencion á los pocos riesgos que en tiempo de paz tenian que correr, aseguraron pura y simplemente y por *primas* muy módicas un gran número de buques y efectos; pero sobrevenida la guerra habrian sido inmensas las pérdidas que habrian experimentado sin un aumento en las *primas*. Este caso es uno de aquellos en los cuales debe cesar el rigor de los principios: *Æquitas juris scrupulositati præponderare debet.*

84. Las hostilidades que cometieron los ingleses antes de la declaracion de la última guerra, dieron lugar á otra cuestion. Sabido es que estas hostilidades empezaron el 8 de Junio de 1755 por la presa de los buques del rey, el *Lis* y el *Alcide*, y que ellas continuaron despues apesar de que la guerra no fué declarada hasta el mes de Junio de 1756. La cuestion está en si estas hostilidades podian antes de declarada la guerra dar lugar al aumento de la prima que estaba estipulada por las pólizas en estos términos: *En caso de guerra ó en caso de declaracion de guerra.* La razon de duda está en que propiamente hablando no hay guerra ni hostilidades, sin que para ello haya precedido una declaracion solemne: sin esto no hay mas que puras violencias y vias de hecho: *son piraterias* de las cuales salen siempre garantes los aseguradores: *Hostes sunt quibus bellum publicé populus romanus decrevit, vel ipsi populo romano*; *l.* 24, *ff. de capt. et postlim.*

La razon de decidir que el caso de dichas hostilidades debe juzgarse incluido en estos pactos, es que la declaracion de guerra es realmente precisa ó necesaria para hacer legítimas las hostilidades, segun el derecho de gentes, pero que hayan sido legítimas

ó no, y precedidas ó no de una declaracion de guerra, no por eso dejan de ser de hecho hostilidades. Lo que han tenido á la vista los contraentes en el pacto del aumento de prima *en caso de guerra,* es el solo acto de las hostilidades que se cometen en una guerra, y no su legitimidad, siendo muy indiferente con respeto al contrato de aseguracion, el que dichas hostilidades se cometan de una manera regular ó irregular. Estas hostilidades, en la intencion de los contraentes, son un principio de guerra, y por consiguiente están incluidas en el pacto *en caso de guerra*, como lo están tambien en el de *declaracion de guerra*; pues ellas son de hecho una declaracion de guerra, y las mismas que los contrahentes tuvieron en consideracion. Todo esto se halla conforme con una porcion de sentencias judiciales.

85. *Quid* si la póliza que contiene el pacto del aumento de prima en caso de declaracion de guerra, no se hubiese hecho hasta despues de empezadas las hostilidades; ¿podrá decirse que debiéndose referir las condiciones á un caso futuro, el pacto solo podia entenderse en caso de una declaracion solemne de guerra, y no del simple hecho de las hostilidades empezadas mucho antes de la fecha de la póliza, las cuales no podian ser el caso futuro de la condicion? Aun en este caso se juzga que el pacto de aumento de prima, *en caso de declaracion de guerra*, no debe entenderse del de una solemne declaracion, cosa indiferente á las partes contratantes, sino del de la continuacion de las hostilidades. Este caso era futuro é incierto, y pudo ser objeto del pacto, pues que al tiempo de la póliza podia esperarse aun el que se arreglasen las potencias, y cesaran las hostilidades. Asi lo declaró la gran cámara en 1756.

86. Ahora solo nos falta saber, si cuando la póliza ha sido hecha en tiempo de guerra, y vuelve de improviso la paz, tendrá lugar la disminucion de la prima. Las razones que hemos expuesto arriba, *n.* 83, para negar el aumento de la misma en caso de sobrevenir una guerra, militan aqui para negar la disminucion de la prima sobreviniendo la paz, pero no las otras razones que á las primeras contrapesan, y que impidieron el que se tuviesen en cuenta.

Con todo cuando la paz de 1748 que tan de improviso fué restablecida, juzgó el rey oportuno, por los decretos del consejo de 16 de Enero de 17[illegible] y 6 tambien de Enero de 1749, orde-

nar una modificacion en las primas de los contratos hechos durante la guerra.

Nótese que esta modificacion en la prima solo puede tener lugar con respeto á los riesgos que restaban al tiempo de sobrevenir la paz, y que no puede dejar de pagarse á los aseguradores el valor de los riesgos que corrieron durante la guerra, á tenor de la prima de guerra. En cuanto á la obligacion de pagar la prima, véase mas abajo, *cap.* 3, *sec.* 2.

§. III.

Del consentimiento.

87. El consentimiento de los contraentes sobre todas las cosas que componen la substancia del contrato, es de la esencia del contrato de aseguracion, como de todos los demas contratos.

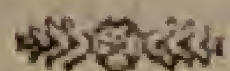
El consentimiento pues deberá intervenir sobre las cosas que se hacen asegurar, sobre la suma por la cual se hacen asegurar, sobre los riesgos de que se encarga el asegurador, y sobre la prima que es el precio de la aseguracion.

CAPITULO II.

DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE ASEGURACION: Y DE LA FORMA DE ESTE CONTRATO.

SECCION I.

DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE ASEGURACION.



88. Solo las personas capaces de contraer pueden en nombre propio ser parte en un contrato de aseguracion. *V. Trat. de las oblig. part.* 1, *cap.* 1, *sec.* 1, *art.* 4.

Los menores que son comerciantes de profesion, como que son capaces de contraer en cuanto á los negocios de su comercio, no hay duda que pueden ser parte en un contrato cuyo objeto sea hacer asegurar los efectos de este comercio; y hasta pueden intervenir como aseguradores, si hacen el comercio de aseguraciones.

89. Aunque este contrato sea un comercio, y el comercio esté prohibido por los cánones á los eclesiásticos, á los curiales por las ordenanzas; los contratos de seguros marítimos que estas personas hubieren hecho, ya para hacer asegurar sus mercadurías, ya para asegurar los de las demas, no dejan de ser válidos. Estas personas solamente están sujetas en tal caso á las penas legales, como suspension de sus privilegios, ú otras por su contravencion á la ley.

Estas personas pueden lícitamente hacer asegurar sus propios efectos que hagan venir por mar del lugar donde los tenian, sin que por esto pueda decírse que hagan ningun comercio.

90. Con respeto á los nobles, fueles permitido el comercio por decreto del mes de agosto 1669.

91. Está prohibido á todos los escribanos y dependientes de oficinas de seguros, corredores etc. el hacer póliza alguna en que directa ó indirectamente estén interesados por sí mismos ó por interpuestas personas, y el acceptar cesiones de los derechos de los asegurados.

Esta prohibicion es general y extensiva á toda clase de comisionistas á fin de evitar los fraudes que facilmente podrian cometer, tomando para si las ocasiones que se presentasen favorables y ventajosas, en perjuicio de aquellos que les confian sus intereses.

Nuestra ordenanza no dá por nulos los contratos de aseguracion que tales personas hagan, solo les impone la pena de una multa de 500 ducados por la primera vez, y de privacion de oficio en caso de reincidencia.

92. Siendo los contratos de derecho de gentes, puede el de seguros marítimos hacerse con los extrangeros, ya sea haciéndoles asegurar nuestros efectos, ya asegurándoles nosotros los suyos.

Parece que este contrato deberia quedar prohibido entre enemigos, pues que las declaraciones de guerra interceptan todo comercio. Con todo se observa lo contrario; pues durante el curso de la última guerra los aseguradores ingleses aseguraban nuestras mercadurías, y nos satisfacian el valor de las presas que nos hacian los de su nacion.

93. No solo pueden hacer asegurar las mercancías y efectos

aquellos á quienes pertenecen, sino todos aquellos de cuya cuenta y riesgo corren. Por esto un asegurador puede hacerse asegurar de nuevo por otros los efectos que él ha asegurado y que corren de su cuenta y riesgo. Nada importa que la prima por la cual los hace asegurar de nuevo, sea mas ó menos crecida que la que él ha recibido.

Es evidente que este segundo contrato de reaseguracion no deja libre al primer asegurador respeto del primer asegurado; solamente le da un recurso contra el nuevo asegurador para obligarle á satisfacer el seguro.

94. El asegurador puede muy bien hacer asegurar de nuevo por un segundo asegurador los efectos que ha asegurado, porque responde de ellos, pero su dueño que ya los ha hecho asegurar por un primer asegurador, no puede hacerlos asegurar por otro segundo, puesto que ya no corren de su cuenta y riesgo: lo único que puede hacer asegurar es la solvencia de su asegurador y el importe de la aseguracion, como lo dijimos en los números 33 y 34.

95. En el contrato de aseguracion contratamos por nosotros mismos, ó por medio de nuestros comisionistas ó factores.

Cuando un comisionista contrata en nuestro nombre, parece, segun los principios establecidos en el *Trat. de las oblig. cap.* 1, *sec.* 1, *art.* 5, §. 5, que deberia decirse que no hace mas que prestarnos su ministerio, y que ninguna obligacion contrae, á menos que asi se espresase. Sin embargo como los aseguradores las mas de las veces solo conocen á los comisionistas, y no á los comerciantes á cuenta de quienes se hace el contrato, ha prevalecido el uso de que estos comisionistas se reputen tambien obligados tácitamente en su nombre, junto y solidariamente con sus comitentes.

Con mucha mas razon deben quedar obligados en su nombre propio cuando no son reconocidos por aquellos en cuyo nombre han contratado: de lo que se sigue que habiendo contraido los comisionistas tácitamente la obligacion de pagar la prima, no quedan descargados por la declaracion que hagan despues del contrato acerca de la persona á cuenta de la cual han hecho asegurar.

SECCION II.

DE LA FORMA DEL CONTRATO DE SEGUROS MARÍTIMOS.



96. Este contrato, segun el derecho natural, y para que obligue á las partes en el fuero de la conciencia, puede perfeccionarse por el solo consentimiento en las cosas que forman su substancia, sin necesidad de observar formalidad alguna.

Las que prescribe nuestra ordenanza, pertenecen mas bien á la prueba hacedera de este contrato para el caso de instarse su ejecucion ante los tribunales, que á su substancia.

Prescríbese que la *póliza de aseguracion será extendida por escrito.*

Sobre esto pueden hacerse dos preguntas. La primera es sobre si esta formalidad prescrita por la ordenanza es necesaria para la validez del contrato, ó para la prueba del mismo. Yo creo que solo es necesaria para la prueba del contrato, á fin de que en caso de que las partes discordasen, no pudiese probarse este sino por un documento escrito y que no se admitiese la prueba testimonial. Fundo mi dictámen en que esta formalidad es absolutamente agena de la substancia del contrato, y que ella no se exige bajo *pena de nulidad.*

De lo dicho se sigue que cuando el contrato no ha sido redactado por escrito, y en su consecuencia no puede haber prueba, á falta de esta la una de las partes puede deferir á la otra el juramento decisorio sobre la verdad y condiciones del contrato.

97. Este requisito debe llenarse aun respeto de las aseguraciones cuyo objeto no sea de valor de cien libras, porque si bien en cosas de menor valor se admiten por lo general pruebas por testigos; no debe ser asi cuando otra ley exige expresamente que todos los contratos de aseguracion se hagan por escrito.

98. Por una razon análoga tampoco me parece que deba admitirse prueba por testigos, aun cuando hubiese un principio de prueba por escrito.

99. *Quid*, si una de las partes alegaba que el contrato habia sido extendido por escrito pero que este habia perecido en un incen-

dio, ú otro cualquier accidente? En este caso seria menester recurrir al registro del asegurador: ¿y si el registro que están obligados á llevar todos los aseguradores, hubiese tambien perecido en el incendio? En este caso justificado el incendio, se admitirá la prueba testimonial del contrato, por no poderse imputar á nadie el haber faltado á la ley.

100. El escrito que se prescribe, puede ser público ó privado.

Para evitar los perjuicios del abuso introducido de ser impresas las pólizas, se ha mandado que sean escritas de mano.

La póliza contendrá, 1.° *el nombre y domicilio del que hace asegurar.*

2.° *Su calidad de dueño ó comisionista.*

3.° *Los efectos sobre los cuales se hace la aseguracion.*

Sobre todo deben designarse en la póliza las mercancías del cargamento que se hacen asegurar, y están sujetas á derramarse, como son aceites, vinos, y otros líquidos. La razon es porque dichas mercancias están expuestas á mas riesgos, que las demas, y deben los aseguradores conocer los riesgos con que cargan y estar por lo mismo instruidos de si entran en el cargamento mercancias de esta especie. Si falta esta designacion en la póliza, no por esto será enteramente nulo el contrato: pues toda la pena que se impone en este caso, es que el asegurador solo estará obligado á los perjuicios que los contratiempos de mar pueden causar en tales mercancias.

Vaslin dice que las partes derogan esta disposicion de la ley, si estipulan por un pacto particular en la póliza, que los aseguradores *corren los riesgos de las mercancias cargadas en el buque sujetas ó no á derramarse*, sin hacer otra designacion.

Nuestra ordenanza dispensa de esta designacion las aseguraciones que se hacen para la vuelta de paises extrangeros, por razon de que los que hacen asegurar la vuelta las mas de las veces ignoran cuales serán las mercancias que de regreso se les mandarán.

102. 4.° *El nombre del buque.* Cuando se hacen asegurar las mercancias que parten en cierto buque, la póliza debe contener el nombre del buque en que van cargadas.

Cuando se han asegurado les mercancias que parten en cierto buque, y se ha equivocado el nombre del en que van cargadas, este error hace que sea nula la póliza.

Ejemplo: Si queriendo asegurar el cargamento que tengo en el buque *Alcides* hago con los aseguradores una póliza de aseguracion donde se dice que este cargamento está en el buque *el Lys*, la aseguracion será nula: pues en este caso los aseguradores no corren los riesgos del buque *Lys*, ni del *Alcides* en el cual está mi cargamento, por no ser este el buque nombrado en la póliza, y aquel cuyo cargamento entendieron asegurar.

Pero si el error en el nombre del buque fuese tal que no impidiera el reconocerlo, será válido el contrato: *Error nominis navis non attenditur, quando aliis conjecturis constat de identitate navis.* Lo que está conforme con la decision de muchas leyes que dicen: *Error nominis non nocet, quum de re constat.*

103. La aseguracion será tambien nula, si queriendo hacer asegurar los efectos que tengo en una barca, le doy en la póliza el nombre de *nave*, pues si bien este nombre es genérico y comprende toda clase de buques que navegan en el mar, con todo por lo comun solo se da el nombre de nave á un buque de gran porte: y el asegurador puede decir que entendió asegurar una fragata, y no una barca que no habria querido asegurar.

5.° *El nombre del capitan ó patron* puede ser absolutamente necesario, cuando haya muchos buques del mismo nombre, á fin de designar el buque asegurado y distinguirlo de los demas que llevan el mismo nombre.

Fuera de este caso, si el buque es suficientemente conocido designado sin el nombre del capitan, no creo que la omision de dicho nombre deba anular el contrato: pues por mas que los aseguradores tengan un interes en saber el nombre del patron del buque, de cuyo riesgo se encargan, por tener en uno mas ó menos confianza que en otro; con todo esto no impide el que convengan en encargarse de los riesgos del buque, sea cual fuera su capitan ó patron que lo manda ó dirige.

104. Pero si la póliza llevase el nombre de un capitan diferente del que manda el buque, podria sostenerse que este error hace nula la aseguracion; los aseguradores pueden alegar que lo que mas les ha inducido á asegurar ha sido la confianza en la pericia del capitan nombrado en la póliza, y que no habrian realizado la aseguracion, á lo menos por el mismo precio, si hubiesen sabido que era otro el capitan que mandaba el buque.

105. El haberse dispuesto que la póliza contenga el nombre del buque y el del capitan, fué por los cargamentos que se hacen

en Europa: pero cuando se esperan mercancias de paises lejanos, como de Levante, ó de la costa meridional de Africa que deben ser cargadas para desde allá mandármelas á Europa, es permitido el hacerlas asegurar en cualquier buque, sin designar ni este ni su patron. La razon es porque los que tienen efectos en paises lejanos, no pueden facilmente saber por cual buque se los mandarán, y menos por medio de que capitan.

En este caso la póliza, solo deberá expresar el nombre del sujeto á quien irán consignados los efectos. Pero Vaslin dice que esto no se observa, porque muchas veces ignoramos, cuando los hacemos asegurar, á quien irán consignados.

106. 6.° *El nombre del lugar donde las mercadurias habrán sido ó deberán ser cargadas*, es decir, *el abra ó puerto de donde el buque deberá partir ó habrá partido.*

7.° *Los puertos donde deberá cargar y descargar, y todos aquellos en los cuales deberá entrar.*

107. 8.° *El tiempo en que los riesgos empezarán y finirán.* No es menester expresar este tiempo sino en el caso en que por una particular convencion las partes quisiesen desviarse en algo de la disposicion comun en este punto.

108. 9.° *Las sumas que se quieren asegurar.*

10.° *La prima ó coste de la aseguracion.*

11.° *La sujecion de las partes al juicio de árbitros.* Esto se dice por ser de costumbre el que la póliza contenga esta cláusula, bien que no todas las pólizas la contienen.

12.° *Y generalmente todas las demas condiciones en que las partes convengan.*

109. No se requiere que la estimacion de las mercancias hechas asegurar sea hecha por la póliza, pues es fácil hacerla por las facturas y por los libros.

110. Nuestra ordenanza, art. 9, prescribe la forma de la póliza de una especie de aseguracion particular para la libertad de las personas: «estas pólizas contendrán el nombre, el pais, el do»micilio, la edad y la cualidad de aquel que se hace asegurar; el »nombre del buque, el puerto de donde debe partir, y el del úl»timo lugar ó término de su navegacion: la suma que deberá pa»garse en caso de ser cogido de nuevo, tanto para el rescate, como »por los gastos del regreso: á quien será entregado el dinero, y »bajo que pena.»

111. Está prohibido á los empleados que reciben ó autorizan las pólizas que dejen en ellas nada en blanco, so pena de daños y perjuicios; y deben ser registradas en el registro destinado al efecto, rubricado en cada hoja por el teniente del almirantazgo.

CAPITULO III.

DE LAS OBLIGACIONES TANTO DE LOS ASEGURADORES COMO DE LOS ASEGURADOS, Y DE LAS ACCIONES QUE DE ELLAS NACEN.



SECCION I.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ASEGURADORES, QUE NACEN DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO, Y DE LAS ACCIONES QUE PRODUCEN.

112. Los aseguradores contraen dos especies de obligaciones á favor del asegurado.

Primera la de pagarle la suma asegurada puesta en la póliza, en caso de pérdida total ó cuasi total de las cosas aseguradas por algun accidente de fuerza mayor, con la condicion de que el asegurado les ceda lo que pueda restar de las cosas aseguradas, y todos sus derechos con respeto á la misma.

Segunda la de indemnizar solamente al asegurado de las averias ocasionadas por algun accidente de fuerza mayor en las cosas aseguradas ó con respecto á las mismas.

Llámanse *averias* de que son responsables los aseguradores, todas las disminuciones y perjuicios causados por algun accidente de fuerza mayor en las cosas aseguradas, aunque este accidente no haya causado la pérdida tal cuaoótsi total y todos los gastos extraordinarios á los cuales dicho accidente haya dado lugar con respeto á las cosas aseguradas.

113. La quiebra del asegurado que no ha pagado la *prima*, acaecida durante el tiempo de los riesgos, no libra á los aseguradores de estas obligaciones, pero pueden durante el tiempo de los ries-

gos, hacerse declarar libres de ellas pidiendo la desolucion, del contrato, si el asegurado ó sus acreedores no prefieren el darles una caucion buena y suficiente para el pago de la *prima*, pues no es justo que los aseguradores corran los riesgos cuyo precio no tienen seguridad de cobrar: cuando los aseguradores han asegurado solo la vuelta de las mercancias no les permite la quiebra del asegurado el pedir la disolucion del contrato, pues que tienen suficiente seguridad para el pago de su *prima* con el privilegio que tienen sobre las mercancias, en caso de feliz regreso; y en caso de pérdida la pueden deducir de la suma asegurada que deberán pagar.

Ademas de las dos especies de obligaciones indicadas, que nacen de la naturaleza del contrato de aseguracion, hay otras que nacen de la buena fé, que debe reinar en este contrato, de las cuales hablaremos separadamente.

ARTICULO I.

DE LA OBLIGACION DE PAGAR LA SUMA ASEGURADA.

---

114. La principal obligacion que contraen los aseguradores, como queda ya dicho, es la de pagar la suma asegurada, en caso de pérdida total ó cuasi de las cosas aseguradas.

De esta obligacion nace una accion personal que compete al asegurado contra los aseguradores para exigir de ellos el pago de la suma asegurada, bajo la condicion de hacer la cesion ó el abandono arriba mencionado.

Vamos á ver, 1.° que causas dan lugar á esta accion, 2.° los preliminares de la misma, 3.° el abandono ó cesion que debe hacer el asegurado, 4.° la declaracion que debe hacer el casegurado de todas las aseguraciones que hubiese celebrado, y del dinero que hubiese tomado á la gruesa sobre los efectos asegurados, 5.° la presentacion de los justificativos del valor de estos efectos, 6.° las exepciones que á esta accion pueden oponer los aseguradores, 7.° y finalmente la condena que en tal accion recae, y los plazos que tienen los aseguradores para pagar la cantidad asegurada, y las deducciones que pueden hacer.

§. I.

Cuales son las causas que dan lugar á esta obligacion, y de la accion que de ella nace.

115. Los accidentes de fuerza mayor que producen la pérdida total ó cuasi de las cosas aseguradas, son las causas que dan lugar á esta accion y al abandono ó cesion que el asegurado debe hacer para poderlo entablar. El abandono solo podrá realizarse en caso « de presa, naufragio, choque, zabordo ó encalle, embargo del príncipe, ó pérdida entera de los efectos asegurados. Cualquier otro perjuicio solo será reputado como averia, y su importe se arreglará arbitralmente entre aseguradores y asegurados.

Presa del buque: Es indudable que este es un accidente que causa una pérdida total de las cosas aseguradas, y que da lugar á la accion.

Nada importa que la presa sea justa ó injusta, y que en su consecuencia haya esperanza de restitucion, puesto que la pérdida no deja por esto de existir, lo que basta para que tenga lugar la accion: y los aseguradores solo pueden pretender que les haga el asegurado abandono ó cesion de sus derechos para instar la restitucion en su propio nombre y á sus costas.

116. *Naufragio*, *choque*, *zabordo ó encalle*. De aquí nace la cuestion, á saber, si cada vez que hay *naufragio*, *choque ó encalle* tiene precisamente lugar esta accion, ó solo en el caso que estos accidentes hubiesen causado una pérdida total ó cuasi en las cosas aseguradas. Parece que la sola y verdadera causa que da pié para pedir toda la suma asegurada, es la pérdida total ó cuasi de los efectos asegurados, acaecida por algun accidente de fuerza mayor; y que las pérdidas y perjuicios parciales, no son mas que averias que solo dan lugar á la segunda especie de obligacion: he aquí porque el *naufragio* ó *zabordo*, asi como los demas accidentes de fuerza mayor solo se indican como causas las mas ordinarias de la pérdida total ó cuasi de los efectos asegurados.

Pero cuando dichos accidentes no causan tal pérdida, sino que se salva una gran parte de los efectos, no hay lugar á pedir la suma asegurada, sino solo una indemnizacion, como de simple averia.

117. Con respecto al choque del buque asegurado, es evidente que si se hace pedazos contra una roca donde ha sido arrojado por una tempestad, la pérdida del buque será total, y da lugar á la accion para pedir la suma asegurada, con la condicion de que el asegurado haga cesion ó abandono de los restos del buque. Esto debe entenderse en el caso en que el buque haya fracasado enteramente. Si solo hubiese sido maltratado de suerte que pueda ser reparado, entonces no será mas que una averia, y no dará lugar á esta accion. Pero por mas que el buque no se haya enteramente estrellado, y que con el reparo que se le haga, esté en estado de continuar el viaje, con todo si por no encontrarse en el lugar donde sufrió el choque, los materiales y operarios necesarios para ser reparado, no hubiese podido continuar su ruta, habrá lugar á la accion para pedir la suma asegurada, del mismo modo que si el buque hubiese sido enteramente hecho pedazos: pues es un contratiempo de la mar, del cual deben responder los aseguradores puesto que debe atribuirse al choque del buque en lugar donde no pudo verificarse su reparacion.

Hay mas dificultad en caso de no haberse podido verificar la reparacion del buque por carecer el capitan de dinero y crédito en aquel pais. Con todo dice Vaslin que aun en este caso tiene lugar la accion para pedir la suma asegurada, y que aun entonces debe atribuirse á un contratiempo del mar el que el buque haya fracasado en un lugar donde el capitan ninguna relacion tenia.

118. *El embargo del príncipe* debe entenderse á tenor de las distinciones ya explicadas arriba n. 56 y siguientes.

Finalmente *la pérdida entera de los efectos asegurados*: lo que comprende todos los accidentes de fuerza mayor, sean los que fueren, como el fuego, el pillage, etc.

Estas palabras *pérdida entera* no deben entenderse tan rigurosa y literalmente. Segun Vaslin hay *pérdida entera de los efectos asegurados*, no solo cuando todos ó cuasi todos han perecido ó sido perdidos en la mar, sino aun cuando se haya salvado algo de los mismos, pero tan considerablemente deteriorados que su valor haya disminuido en mas de la mitad.

119. Paraque haya lugar á la accion que tiene el asegurado para pedir la suma asegurada, y para que pueda intentarla y hacer su cesion ó abandono, no basta el que haya acaecido alguno de los

accidentes que dan lugar á dicha accion, es menester que se tenga noticia de ello.

Hay con todo un caso en que por la sola presuncion de la pérdida del buque tiene lugar la obligacion de pagar la suma asegurada y la accion que de ella nace, aunque no se tenga noticia de la pérdida, ni de que el buque haya perecido. El art. 58 de nuestra ordenanza dice sobre el particular. «Si el asegurado no recibe noti-«cia alguna de su buque, podrá despues de un año contadero des-«de el dia de la salida en los viages ordinarios, y despues de dos «en los de larga travesia, hacer su cesion ó abandono á los asegu-«radores, y pedirles el pago, sin necesidad alguna de atestiguar la «pérdida.»

Paraque tenga lugar tal presuncion, no basta el que solo el asegurado no haya tenido noticia de su buque, sino que es menester el que nadie la haya tenido: si los aseguradores la tienen, ó pueden justificar que la tienen otros sujetos, no se le admitirá la demanda al asegurado.

120. El tiempo de *uno ó dos años* cuyo lapso da lugar á esta presuncion, se cuenta desde el dia de la salida del buque, si posteriormente no se ha tenido ninguna noticia de él, porque si se hubiese tenido, empieza á contarse desde el dia á que se recibió.

121. Tendrá lugar esta presuncion aun cuando la aseguracion se hubiese hecho por un tiempo limitado. Fundando el asegurado su demanda sobre dicha presuncion, los aseguradores no pueden escusarse á menos que opongan la ecepcion de que la pérdida del buque no ha tenido efecto hasta despues de espirado el tiempo prefijado en la póliza de aseguracion; pero deben justificarlo: *Incumbit onus probandi ei qui dicit: Reus excipiendo fit actor.*

122. Por viaje de larga travesia se entienden los que se hacen de nuestros puertos á Moscovia, Groenlandia, Canadá y demas costas ó islas de América, al cabo Verde, á las costas de Guinea, y á otros lugares de mas allá del trópico.

§. II.

De la noticia que el asegurado debe dar á los aseguradores del accidente que ha causado la pérdida de los efectos asegurados.

123. Siendo el accidente que ha causado la pérdida de los efec-

tos asegurados el fundamento de la demanda de la suma asegurada, que el asegurado intenta ó se propone intentar contra los aseguradores, y estando todo demandante obligado á fundar su instancia, por esto se prescribe no sin razon que cuando el asegurado tenga noticia de la pérdida del buque ó de sus mercancias aseguradas, acaecida por cualquier de los accidentes que vienen á cargo de los aseguradores, deberá intimarlo incontinenti á estos, ó á los que por ellos hubiesen firmado la aseguracion, con protesta de hacer su cesion ó abandono en tiempo y lugar oportunos.

El asegurado puede hacer esta notificacion, aun cuando no fuese cierto el aviso que ha tenido, pues aunque despues resultase falso, no tendria otro resultado que el de haber sido inútil aquel paso.

124. El asegurado debe hacer esta notificacion sin dilacion, *incontinenti*: efectivamente la buena fé le obliga á que nada deje ignorar á los aseguradores de todo cuanto concierne á la aseguracion. Con todo el asegurado no está sujeto á pena alguna por haber omitido la notificacion *incontinenti*, si con ello en nada ha perjudicado á los aseguradores: le basta hacerla en su mismo escrito de demanda.

125. El asegurado puede hacer esta notificacion, aunque no haya resuelto el partido que tomará, ó de pedir la suma asegurada, haciendo abandono de los efectos asegurados, ó de poner una simple demanda de indemnizacion: y en este caso hace la notificacion con reserva de hacer su abandono en tiempo y lugar oportunos; pudiendo en tanto deliberar lo que mejor convenga á sus intereses.

Esto no impide que en el interin el asegurado se valga de sus medios para recobrar los efectos naufragados, abonando cuanto recobrase á sus aseguradores, si hace el abandono.

126. Decidido el asegurado á pedir la suma asegurada y á hacer el abandono, no tiene necesidad de protesta alguna.

127. Estas notificaciones pueden hacerse, tanto á los mismos aseguradores, como á sus encargados que firmaron por ellos la aseguracion.

§. III.

Del abandono.

128. Paraque el asegurado pueda pedir la suma estipulada, cuando tiene lugar la accion, es menester que antes haga intimar á los aseguradores el abandono que les hace de todo lo que resta de los efectos asegurados; y de todos sus derechos con respeto á los mismos.

Esta cesion debe ser de todo lo que ha sido asegurado por la póliza de aseguracion.

No podrá hacerse abandono de una parte y retenerse la otra.

Ejemplo: Si yo hubiese hecho asegurar en una misma póliza una suma de 15000 duros sobre un cargamento de cierto buque que consistia en un cierto número de cajas de azúcar; de valor 5,000 duros, y en cierto numero de cajones de añil, de valor 10,000 duros, y dicho cargamento se perdiese en un naufragio del que solo se salvaron algunas cajas de azucar y de añil considerablemente deterioradas; no podré pedir á los aseguradores la suma de 10000 duros valor del añil, que he hecho asegurar, ofreciendo cederles lo que se salvó, y retener lo que se ha salvado del azucar, reservándome el hacerme indemnizar por ellos lo que haya perecido, y sido deteriorado: sino que debo hacer el abandono de todo cuanto se haya salvado del cargamento, asi del azucar como del añil, y pedir la suma entera de 15000 duros: ó sin hacer el abandono pedir únicamente una simple indemnizacion, tanto por los añiles como por los azúcares.

129. Otra cosa seria si hubiese hecho mejorar los dichos efectos por diferentes contratos ó en diferentes pólizas de aseguracion, aun que sea por los mismos aseguradores.

Ejemplo: Si en una póliza de aseguracion me he hecho asegurar una suma de 5000 duros sobre un cargamento de azúcar de igual valor en tal buque, y por otra póliza una suma de 10,000 duros sobre un cargamento de añil de igual valor en el mismo buque, no hay duda que en este caso puedo pedir la suma de 10000 duros, asegurados por la suma de una de estas dos pólizas, haciendo el abandono de todo el añil, y retener los azucares

que hice asegurar por las otras pólizas. Esto no es ceder una parte y retener la otra : pues que hago abandono de todo lo que está contenido en una misma póliza.

Con mucha mas razon, si yo hubiese hecho asegurar solo el añil, y no el azúcar, ó hubise hecho asegurar este género por otros aseguradores, solo estaria obligado al abandono de lo que resta del añil, y no del azúcar.

130. Cuando únicamente hago asegurar una parte del cargamento solo estoy obligado á hacer el abandono de aquello que de esta parte ha quedado.

Ejemplo: Si hubiese hecho asegurar una suma de 2,000 duros, sobre un cargamento de 3,0000 de valor que ha perecido, solo debo ceder á los aseguradores dos tercios de lo que pueda salvarse y me quederé con el otro tercio. En este caso no podrá decirs que el abandono sea por *parte*, sino que es total, pues que lo hago por el total de la parte asegurada, como la parte que retengo es por la que no estaba asegurada en la cual los aseguradores ningun derecho tienen, ya que no corrian por ella ningun riesgo.

Esta decision tiene lugar no solamente en cuanto lo que el valor de mi cargamento excedia de la suma asegurada al tiempo del contrato, sino tambien por el aumento que este valor haya tenido.

Ejemplo: Yo hice asegurar una suma de 1,500 duros sobre un cargamento de géneros cuyo valor ascendia á la sazon á igual suma, en un buque que debia ir á Santo Domingo, tocando antes á las costas de Africa para hacer alli el trafíco de negros. Si con el cambio de mis géneros por negros y oro en polvo el valor de mi cargamento ha aumentado hasta á 3,000 duros y luego despues haya perecido; para poder pedir la suma asegurada, no estaré obligado á hacer abandono de lo que pueda salvarse, sino por mitad: que siendo mi cargamento, con el aumento sobrevenido, de valor de 3,000 duros, solo por mitad corria á riesgo de los aseguradores, quienes únicamente me habian asegurado la suma de 1,500 duros.

131. Los efectos salvados no deben ser cedidos á los aseguradores sino con la condicion de que ellos reembolsarán al asegurado los gastos que haya hecho para salvarlos del naufragio, respeto de estos gastos debe ser creido el asegurado sobre su palabra. Peró como los aseguradores no estan obligados á satisfacerlos sino en

cuanto el *valor de los efectos recobrados* alcanzare, los aseguradores pueden ceder estos efectos al asegurado por los gastos.

132. En caso de presa, si el asegurado hubiese hecho sin consentimiento de los aseguradores una composicion con el corsario para rescatar sus efectos, queda al arbitrio de los aseguradores el apropiarse la composicion ó el desecharla.

En el primer caso no hay lugar á la peticion de la suma asegurada, los aseguradores ùnicamente están obligados á contribuir en el precio del rescate, á proporcion del intéres que en este tienen; y continuan con la carga de los riesgos del regreso del buque, sin que puedan, en caso de acaecer algun accidente desgraciado, hacer en la suma asegurada ninguna deduccion por razon de la suma que han pagado para el rescate.

Ejemplo: El dueño de un buque hace asegurar una suma de 6,000 duros sobre un buque que junto con el cargamento es de valor de 18,000 duros.

El buque es apresado, y el corsario mediante un rescate de 9,000 duros que le paga el dueño del buque, lo suelta con todo su cargamento. Si los aseguradores quieren aprovecharse de esta composicion, el asegurado no podrá pedirles la suma de 6,000 duros que han asegurado, pues á ellos como que aseguraron una suma de 6, 000 que es la tercera parte del valor del buque junto con su cargamento, y que por consiguiente tienen en el un interés de un tercio, les bastará pagar inmediatamente al asegurado la suma de 3,000 duros que es la tercera parte de la que pagó para el rescate del buque y su cargamento: y si el buque antes de su regreso hubiese sido apresado otra vez, ó hubiese perecido, los aseguradores, que continuan en este caso encargados de los riesgos, deberian pagar la suma de 6,000 duros que aseguraron, sin que nada puedan retener de la de 3,000 que pagaron por el rescate.

Lo dicho sobre que los aseguradores deben contribuir inmediatamente al pago del rescate, debe entenderse en caso que el corsario no hubiese concedido plazo para el pago, pues si lo hubiese acordado, es justo que los aseguradores disfruten de él.

133. En el segundo caso que es cuando los aseguradores desechan la composicion, tiene lugar la demanda de la suma asegurada; pues deben pagarla sin que nada puedan pretender de los efectos rescatados.

Asi pues el asegurado no debe en este caso hacerles abandono

de los efectos redimidos, ni de las ganancias que pueda hacer en los mismos. Los aseguradores al negarse á aceptar la composicion, se reputa que ceden dichos efectos al asegurado por el precio del rescate, de la propia suerte que pueden abandonar los efectos salvados de un naufragio por los gastos hechos para recobrarlos.

Todo lo que en tal caso podrian hacer los aseguradores, como subrogados en los derechos del asegurado á quien pagaron la suma asegurada, seria si en su concepto la presa era ilegítima, instar de su cuenta y riesgo la restitucion de la suma arrancada por el corsario.

134. Como los aseguradores pueden á su eleccion aceptar ó repudiar la composicion, el asegurado debe advertirles por escrito en que términos ha hecho dicho arreglo: ellos por su parte luego de advertidos deben declarar si aceptan la composicion; y sino pueden ser emplazados para el pago de la suma asegurada.

135. El abandono que el asegurado hace á los aseguradores de los efectos asegurados, les transfiere irrevocablemente el dominio, sea por el todo ó por parte, segun sea la aseguracion; y asi como el asegurado no podrá repetirlos ofreciendo condonar á los aseguradores la suma asegurada, ó devolvérsela si la hubiesen pagado; asi tampoco pueden los aseguradores evitar el pago de la suma asegurada, despues de hecho el abandono de los efectos asegurados, aunque los hayan recobrado, y ofrezcan devolverlos al asegurado.

Ejemplos: I. El buque que un armador ha hecho asegurar, fué apresado: este ha pedido á los aseguradores la suma asegurada haciéndoles abandono al efecto de sus derechos y efectos que pudieron salvarse. Los aseguradores como subrogados por esta cesion en los derechos del asegurado, procuran la restitucion del buque, acusando la presa de ilegítima, y consiguen su objeto, ó bien la rescatan del corsario que la apresó. Tendrán de todos modos que pagar la suma asegurada, aunque ofrezcan devolver el buque al asegurado.

II. Yo hice asegurar una suma de 2,000 duros sobre un cargamento que tenia en cierto buque: al cabo de dos años trascurridos sin haber tenido noticia alguna de él hice á los aseguradores abandono de los efectos que tenia en dicho buque; pidiéndoles el pago de la suma asegurada. Despues este buque que se creyó perdido, regresa, y llega salvo al puerto: los aseguradores á quienes yo hize el abandono, deben tomar por su cuenta el cargamento que me han asegurado, y no pueden dispensarse de pagarme la suma asegurada,

§. IV.

De la declaracion que en el acto del abandono debe hacer el asegurado de todas las aseguraciones que haya celebrado; y del dinero que haya tomado á la gruesa sobre los efectos asegurados.

136. El asegurado tiene que hacer esta declaracion en el instrumento de la cesion ó abandono á fin de conocer si la aseguracion por medio de la cual pide el asegurado el pago, fué legítimamente celebrada, pues dejaria de serlo, si el asegurado despues de haber hecho asegurar sus efectos, los hubiese hecho asegurar de nuevo por una suma que junto con la ya asegurada excediese del valor de dichos efectos: pues no es permitido hacer asegurar los efectos por una suma mayor de su valor (supra n.° 67) ni el hacerlos asegurar despues que lo han sido ya, á no ser que sea por lo que vale de mas de las sumas por las cuales han sido ya aseguradas: *supra*, *n.°* 33.

El asegurado debe tambien declarar los empréstitos que haya tomado á la gruesa sobre los efectos asegurados; pues tales empréstitos encierran una aseguracion de dichos efectos en lo que alcanza la cantidad prestada.

137. El asegurado debe hacer esta declaracion en el acto del abandono: si omitiese el hacerla entonces, y la hiciese despues, su abandono no tendrá efecto sino desde el dia en que habrá hecho la declaracion, y el plazo concedido para el pago de la suma asegurada no empezará á correr sino del dia de esta declaracion.

138. Nuestra ordenanza impone al asegurado que haya hecho una declaracion infiel, la pena de perder sus derechos contra los aseguradores para el pago de la suma asegurada: sin embargo esta pena solo tiene lugar cuando las aseguraciones ó los préstamos á la gruesa que se ocultaron, unidos á los declarados exceden del valor de los efectos asegurados.

Ejemplo: Yo tenia en un buque un cargamento de valor 10,000 duros: sobre este cargamento hice asegurar una suma de

6,000 duros, despues hago asegurar sobre el mismo otra suma de 1,500 duros, ó tomo á la gruesa 1,500 duros sobre dicho cargamento para pagar lo que aun debia del precio de los géneros. Estas sumas forman el total de 7,500 duros, y por consiguiente no puedo hacer asegurar este cargamento por mas que por 2,500 duros con todo lo hago asegurar por 4,000. Perece el buque, y pido á los últimos aseguradores el pago de la suma de 4,000 duros que me han asegurado, y en el abandono que les hago, declaro únicamente la primera aseguracion de 6000, duros y me callo la de 1,500. Si los aseguradores llegan á descubrir esta aseguracion de 1,500 que he ocultado, tendrá lugar la pena, y serán absueltos de mi demanda; pues que la suma ocultada unida á la de 6,000 duros que he declarado, y á la de 4000 de la última aseguracion de la cual pido el pago, excede del valor de mi cargamento: y esta ocultacion induce una presuncion de fraude. Es menester presumir que al hacer asegurar á los últimos aseguradores, por una suma de 4,000 duros lo que quedaba por asegurar de mi cargamento, tenia noticia de que no valia la suma por la que lo hacia asegurar: y en punicion de este fraude quedo privado por entero de la suma asegurada, cuando si yo hubiese declarado esta aseguracion de 1,500 duros y que por otra parte no hubiese mas pruebas de que cuando hice asegurar por 4,000 duros lo que me quedaba para asegurar de mi cargamento ya tenia noticia de que no valia dicha suma, no me veria privado por entero de la suma asegurada, sino que quedaria solo reducida á 2,500 duros valor positivo de lo que me quedaba por asegurar.

139. Siendo la privacion entera de la suma asegurada una pena del fraude, si apareciese que la omision del asegurado en declarar alguna de las aseguraciones no ha sido fraudulenta, y que no podia tener noticia de ella, no habrá lugar á dicha pena.

Ejemplo: Un comerciante de Bayona tenia en un buque un cargamento de 5,000 duros sobre el cual habia tomado prestados á la gruesa 2,000 duros: despues ha dado órden á su corresponsal de Hamburgo para que haga asegurar su cargamento por 3,000 que quedaban por asegurar: recibida la carta, el corresponsal lo ha hecho asegurar en Hamburgo por 2,000 duros. Pocos dias despues bajó en Bayona el precio de las aseguraciones, y el dicho comerciante ignorando que su corresponsal de Hamburgo hubiese ya en parte ejecutado sus órdenes, hace asegurar en Bayona sobre el citado cargamento la suma de 3,000 duros, dando al propio tiempo, contra-órden á su corresponsal. La noticia de la pérdida del buque llega casi al mismo tiempo: el comerciante de Bayona la hace notificar á los aseguradores, y les hace el abandono, declarando solamente la suma de 2,000 duros que habia tomado *á la gruesa* y omitiendo la aseguracion de 2,000 que su corresponsal habia ya celebrado en Hamburgo, como que no habia tenido aun noticia alguna de ello. No habiendo sido fraudulenta en este caso la omision, pues podia muy bien ignorar como ignoraba nuestro comerciante la aseguracion hecha en Hamburgo, no dará lugar á la pena, y solo la aseguracion hecha en Bayona deberá reducirse á la suma de 1,000 duros que era lo que restaba para asegurar.

§. V.

De la notificacion que el asegurado debe hacer de las piezas justificativas tanto del cargamento y del valor, de los efectos asegurados, como de su pérdida.

140. No pudiendo el asegurado hacer asegurar legítimamente una suma que exceda del valor de los efectos que tiene en el buque, para probar que la aseguracion cuya ejecucion pide es legítima, y que la suma asegurada cuyo pago reclama, no excede del valor de los efectos que tenia en el buque, es necesario que justifique el cargamento de dichos efectos y su valor.

Asi mismo cuando la pérdida de dichos efectos es producida por algun accidente de fuerza mayor que corra de cuenta de los aseguradores, y da lugar á la demanda del asegurado; debe este justificar el accidente y la pérdida ó menoscabo que ha causado en sus efectos.

141. La principal prueba del cargamento es el *conocimiento*. Asi se llama el reconocimiento ó resguardo que el capitan de un buque da al comerciante, de las mercancias que ha cargado en él.

Este documento es una prueba nada sospechosa de la cantidad de las mercancias que han sido cargadas en el buque: pues el capitan que está obligado á ponerlas de manifiesto al llegar al lugar de su destino tiene un interes en que no contenga mas de las que realmente hay.

¿ Podrá convenirse por un pacto particular el que el asegurado

no esté obligado á justificar su cargamento por el *conocimiento*? No, porque en esto no podria haber otro objeto que el de engañar á los aseguradores: *non valet conventio ne dolus prœstetur.*

En defecto del *conocimiento*, si se hubiese perdido, podrá suplirlo el testimonio del capitan ó de los principales de la tripulacion; y en defecto de tales personas, caso que hubiesen perecido, el de los que se hayan salvado. Esta es la opinion de Vaslin.

142. Cuando el cargamento se hace en pais extrangero por los marineros ó pasageros que van en el buque, y le hacen asegurar en Francia por sus corresponsales, dichos marineros ó pasageros deben dejar por duplicado el *conocimiento* al consul frances ó al que haga sus veces en el lugar en que se haya verificado el cargamento, y si no hubiese cónsul, en poder de un comerciante francés de probidad.

La causa de esta disposicion es para obviar los fraudes y colusion entre estas personas y el capitan, que en caso de naufragio ó presa podria dar á los aseguradores un falso *conocimiento* que contuviese mas mercadurias de las que componian el cargamento.

Los marineros y pasageros que hubiesen hecho algun cargamento en un buque en Levante ó en Berbería, y lo hubiesen hecho asegurar por sus corresponsales en Francia, en caso de perderse el *conocimiento*, deben justificar el contenido de dicho cargamento por medio de otro documento llamado *manifiesto*; y es una nota que el capitan de cada buque debe remitir á la cancilleria del consulado del lugar en que se hace el cargamento, y ha de contener un extracto fiel de todas las pólizas de su cargamento, y está concebido á corta diferencia en estos términos: el señor *** *ha cargado* de órden y por cuenta del señor *** de tal ciudad, y *á su* consignacion tales y tales mercancias, de las cuales se expresan la calidad, cantidad, peso etc. y por fin la verdad de este estado es certificada por el capitan. El secretario del consulado lo nota en el registro y da de él al capitan dos copias en forma legalizadas por el cónsul.

Por lo que toca á los viages de América la carta de pago que el capitan debe traer de los derechos que ha pagado por los artículos cargados en su buque, puede servir de justificativo del contenido del cargamento.

143. Cuando el mismo capitan es el que hace asegurar un cargamento hecho por su cuenta en el buque que manda, como no puede darse á si mismo el *conocimiento*, debe hacerselo dar por el contador del buque y el piloto, y habrá de ser firmado por ellos. Pero como estos sujetos están bajo sus órdenes, por cuya razon puede sospecharse una colusion, debe ademas justificar la compra de las mercadurias de que se compone su cargamento, por medio de las facturas ó por los libros de los comerciantes á quienes las compró.

144. Hay un caso en que no puede hacerse le prueba del cargamento, y es cuando un corsario hace asegurar la presa que ha hecho. Que no puede tener lugar en este caso la prueba es evidente, pues que el corsario nada ha cargado. La presa que ha hecho asegurar solo consiste entonces en la estimacion.

145. La *cantidad* de las mercadurias de que se compone el cargamento se justifica por el *conocimiento*: con respeto á su valor, puede el asegurado justificarlo por las facturas y libros de comercio, tanto del asegurado como de los comerciantes que se las vendieron.

A falta de esta prueba puede procederse á su estimacion por peritos conforme al precio comun y corriente que las mercadurias de que se compone el cargamento, tenian al tiempo y en el lugar en que este se hizo.

146. El valor del cargamento, en cuanto cabe que sea asegurado, no se compone solamente del precio de la compra de las mercadurias, ó si estas son manufacturas del cargador que se las hizo asegurar, este valor no es el precio corriente á que vendia las tales mercadurias al tiempo del cargamento, sino que deben añadirse ademas todos los derechos y gastos hechos hasta dejarlas á bordo: esto es, los gastos que son menester para conducir las mercadurias á bordo y cargarlas en el buque, con todos los derechos que han de pagarse por su cargamento, como los de aduana y demas.

La ganancia que el asegurado espera hacer con estas mercadurias, en nada entra para su estimacion, pues que no se permite asegurar las ganancias en esperanza.

Por el contrario las mercadurias que se cargan de vuelta para el asegurado en las islas de América, no deben ser estimadas segun el valor del dinero en aquel pais que pierde una tercera parte en los mercados de Francia, sino por el que tiene en Francia, que es el verdadero valor que de ellas puede sacar el asegu-

rado. La convencion de estimarlas sin deduccion de lo que pierden puestas en Francia, ha sido declarada nula é ilícita por varias sentencias, como contraria á la prohibicion de asegurar los efectos por mas de su valor.

147. La ley ha previsto el caso en que no pueden estimarse las mercadurías del cargamento en la cantidad que valian al tiempo y en el lugar del cargamento, que es cuando el que las hizo asegurar, las hubiese adquirido á cambio de negros en pais en que no se conoce el dinero, y el comercio solo se hace por trueques de géneros. Es evidente que las mercadurias no pueden estimarse en la cantidad de dinero que valian en el lugar del cargamento, puesto que no era alli conocido nuestro dinero ni otra moneda que pudiera corresponderle. Para suplir esta falta, se da á dichas mercancias la estimacion de aquellas que se dieron á los salvages en cambio de los esclavos, añadiéndose á esto todo el coste del transporte hasta el lugar donde fueron dadas en cambio.

Vaslin dice que todo esto no se halla en uso, por razon de que en el dia el dinero es ya conocido en todos los paises en que se hace el comercio, aun entre los salvages.

148. Solo se recorre á esta estimacion por las facturas y los libros y por expertos, cuando no se consignó en la póliza de aseguracion. Si se consignó la tal estimacion hace fe al menos mientras los aseguradores no prueben que fué exagerada. ¿Podrán hacer siempre esta prueba? *V. infra n.* 156.

Raras veces se hace la estimacion en la póliza, tratándose de mercancias: si se asegura un buque, siempre se hace la estimacion.

149. La justificacion que el asegurado debe hacer del valor de su cargamento, es necesario no solo para probar la legitimidad de la aseguracion, esto es, que la suma asegurada no excede del valor de lo que se ha hecho asegurar, sino tambien para conocer la parte que los aseguradores deben tener en el abandono, ya que guarda proporcion con la suma asegurada, como antes dijimos.

150. Cuando es un asegurador el que hace reasegurar, ó un prestador *á la gruesa* el que hace asegurar las mercancias sobre las cuales hizo el préstamo, y que corren de su cuenta y riesgo, están obligados uno y otro á justificar el cargamento, y el valor de las mercancias aseguradas: del mimso modo que hubiera tenido que hacerlo el dueño que representan, si las mercancias hubiesen corrido de su cuenta, y las hubiese hecho asegurar.

151. Con respeto á los documentos justificativos de la pérdida de los efectos asegurados, y de los accidentes de fuerza mayor que la causaron, que el asegurado debe hacer notificar á los aseguradores, segun vimos antes en caso de naufragio, zabordo son la sumaria informacion hecha por los empleados de marina del lugar en que se trabajó para salvar los efectos ó las deposiciones de la tripulacion dadas en las oficinas de marina mas inmediatas al lugar en que acaeció el contratiempo.

En caso de presa, los documentos justificativos son las cartas de aviso del capitan ó de los principales de la tripulacion.

152. La notificacion de los documentos justificativos, tanto del cargamento, como de la pérdida de los efectos asegurados debe hacerse á los aseguradores *incontinenti, y antes instarles de el pago de las cosas aseguradas.*

§. VI.

Excepciones que los aseguradores pueden oponer á la demanda de la suma asegurada.

153. La principal excepcion que los aseguradores pueden oponer al asegurado en la demanda de la suma asegurada, es la que resulta de no haber sido hecha la cesion ni puesta la demanda en el tiempo concedido por la ley; que es entre nosotros de seis semanas contaderas desde el dia en que se tuvo noticia de las pérdidas ocurridas en las costas de la misma provincia donde se hizo la aseguracion: si acaeciere el contratiempo en otra provincia del reino dentro *tres meses*: si en las costas de la Holanda Flandes ó Inglaterra, dentro *cuatro meses*: si en las de Italia, Portugal, Berberia ó Moscovia dentro *un año*; y en las costas de América, Brasil, Guinea y otros de paises mas lejanos *dos años*: pasado dicho tiempo no serán admitidas las demandas de los asegurados.

El tiempo de la noticia debe entenderse desde que el accidente empezó á ser público y notorio en el lugar en que se hizo la aseguracion.

Si el asegurado tuvo noticia de la pérdida, y la trasladó á los aseguradores antes de hacerse pública, con protesta de hacer su

abandono, no hay duda que el tiempo para hacerlo debe empezar á correr desde el dia de la notificacion.

154. El reconocimiento del asegurador escrito por él al pié de la póliza por el cual reconoce haber sido advertido de la pérdida, y promete pagarla cuando sea liquidada, hace cesar la excepcion, y perpetua la accion del asegurado hasta á treinta años.

155. La segunda especie de excepcion es cuando los aseguradores oponen á la demanda de la suma asegurada, que la pérdida de los efectos asegurados no está suficientemente justificada con los documentos producidos por el asegurado, ó que no está justificado que el accidente que causó la pérdida, fuese una fuerza mayor de que los aseguradores son responsables. Para corroborar esta excepcion pueden los aseguradores hacer una prueba contraria á los documentos producidos por el asegurado.

156. La tercera especie de excepcion es cuando los aseguradores oponen que la suma asegurada que se les pide, excede del valor de los efectos que el demandante tenia en el buque: ó por lo menos que excede del valor de los que quedaban para asegurar, si por una póliza anterior se hubiese ya asegurado alguna suma sobre dichos efectos.

Los aseguradores para fundar esta excepcion, pueden hacer la prueba contraria de lo que resulta de los documentos producidos por el demandante para fijar la cantidad y valor de las mercadurias de su cargamento.

Los aseguradores podrian probar que la estimacion es fraudulenta, aunque esta conste en la póliza. La renuncia misma á esta prueba está prohibida, y es nula.

157. Cuando los aseguradores oponen esta excepcion, llevan por objeto reducir la suma asegurada que se les pide al justo valor del cargamento ó de lo que faltaba asegurar, si hubiese habido ya aseguraciones anteriores.

Alguna vez puede tambien dirigirse esta excepcion á hacer desistir enteramente al asegurado de su demanda, cuando hay prueba de fraude, es decir, de que el asegurado al tiempo del contrato sabia ya que la suma que hacia asegurar excedia del valor de su cargamento, ó de lo que quedaba de él para asegurar; ó sea cuando solo hay una presuncion de fraude por la ocultacion de alguna de las aseguraciones, al hacer la declaracion en el acto del abandono.

§. VII.

De la sentencia que recae sobre esta accion; del término que tienen los aseguradores para pagar la suma asegurada, y de las deducciones que pueden hacer.

158. El asegurado, despues de hecho su abandono, y defijada la cantidad y valor de los efectos asegurados y su pérdida, cuando dicha suma no excede de su valor, debe obtener la sentencia contra los aseguradores.

Esta sentencia es definitiva, si los aseguradores nada oponen á los documentos por los cuales el asegurado demostró el valor y la pérdida de los efectos asegurados: pero cuando los aseguradores hacen la prueba contraria á lo establecido por los documentos que el asegurado produjo, no dejarán de ser condenados por interina providencia al pago de la suma asegurada, pues asi lo exige el título: pero la sentencia solo será provisional, y só condicion de que el asegurado preste idonea caucion para la restitucion de dicha suma; si se falla en definitiva que debe restituirse.

Mientras no se haya liquidado la suma asegurada, no puede recaer sentencia.

159. Para el pago de la suma asegurada se concede á los aseguradores el término de tres meses, que empezará á correr desde el dia en que el asegurado les notificó su abandono.

160. De la suma asegurada que los aseguradores son condenados á pagar, debe hacerse la deduccion de la *prima* convenida, que el asegurado les debe satisfacer á menos que por pacto particular de la póliza se haya convenido que la suma seria pagada sin deduccion de la *prima*, la que solo se deberia en caso de llegar felizmente el buque.

Si la suma asegurada hubiese sufrido alguna rebaja, por exceder del valor de los efectos asegurados, la *prima* cuya deduccion corresponde á los aseguradores, sufre una rebaja proporcional. Pero en este caso debe hacerse á los aseguradores el descuento de un medio por ciento de lo que se ha escatimado de la suma asegurada.

Si el asegurado hubiese recibido alguna suma por precio de los efectos asegurados de los cuales hizo abandono, debe rebajarla y abonarla asimismo á los aseguradores.

ARTICULO II.

DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR LAS AVERIAS.

161. La segunda especie de obligacion que los aseguradores contraen, es la de indemnizar al asegurado las averias causadas por alguno de los accidentes cuyo riesgo corrieron.

Como ya lo digimos, llámanse averias no solo la pérdida y deterioracion de las cosas aseguradas; como cuando han sido derramadas, hechas pedazos, mojadas, ó echadas á perder de cualquier manera que sea: no hay duda que los aseguradores están obligados á indemnizar estos menoscabos al asegurado; sino que se llaman tambien *averias* los gastos extraordinarios que hubiese ocasionado un accidente de fuerza mayor, tales como los que fué preciso hacer para salvar las mercadurias aseguradas de un naufragio, zabordo, y volver á embarcarlos.

¿Deberán los aseguradores indemnizar al asegurado, no solo las averias simples, sino tambien la pérdida resultante de que los efectos asegurados deban contribuir á la indemnizacion de averias comunes? Véase n. 52.

Despues que los aseguradores han indemnizado al asegurado las pérdidas y perjuicios sufridos en beneficio comun respeto de las mercadurias aseguradas, deben ser subrogados en los derechos que tiene el asegurado á la contribucion que deberán pagarle los demas beneficiados.

162. Los aseguradores no están obligados á indemnizar al asegurado las averias que sobrevengan durante el tiempo de la aseguracion, sino en caso que fuesen algo considerables. Muchas veces se fijan en la póliza, estipulando que los aseguradores no responderán de las averias, sino exceden de un tanto por ciento, etc. Si las partes nada han convenido sobre ello, la ley prohibe el hacer ninguna demanda de averias, como no excedan del *uno por ciento*.

163. Algunas veces se estipula por la póliza que los aseguradores no responden de las averias, ó que estarán *francos de averias*. El sentido de esta cláusula es que solo responden de los accidentes que causen la pérdida entera de los efectos asegurados, y que

da lugar al abandono, pero que no responden de ninguno de los demas: cuales sean estos, lo vimos arriba n. 115.

164. De la obligacion que contraen los aseguradores para con el asegurado de indemnizarle respeto de las cosas aseguradas todas las pérdidas y perjuicios ocasionados por alguno de los accidentes cuyos riesgos tomaron sobre sí, nace la accion personal que el asegurado ó sus sucesores tienen contra los aseguradores y sus herederos, para pedirles esta indemnizacion.

El asegurado para fundar su accion debe presentar el *conocimiento* á fin de justificar que las mercadurias perdidas ó averiadas por las cuales pide la competente indemnizacion, hacen y hacian parte del cargamento que hizo asegurar. Ademas debe producir los certificados del capitan del buque ó de los marineros de la tripulacion para justificar las averias y el accidente que las causó, salvando á los aseguradores el hacer la prueba contraria. La deterioracion de los efectos maltratados deben estimarla peritos elegidos por las partes. Por medio de esta estimacion se puede comparar el valor establecido en la póliza con su valor actual.

Ejemplo: Si las mercadurias que en la póliza se habian estimado en cien duros, han sufrido tal deterioracion que solo pueden estimarse en 40, la averia será de 60 que deberán pagar los aseguradores.

165 Sea cual fuere la estimacion de los perjuicios y la suma á que se hagan ascender las averias, cuando la suma que se hizo asegurar no es sobre todo el valor del cargamento, si solo de una parte; tan solo en proporcion á esta podrá pretenderse la indemnizacion de los averias, pues solo ella corre de cuenta y riesgo de los aseguradores.

166. No puede tener lugar esta accion sino cuando no lo tiene la primera, ora porque el accidente no ha causado una pérdida entera en los efectos asegurados, ora porque el asegurado ha preferido esta accion sobre pago de averias, á la otra quedándole el derecho de pedir toda la suma asegurada, le habria obligado á hacer el abandono.

De ahi dimana la cuestion de si el asegurado tiene siempre la eleccion entre estas dos acciones, ó si por el contrario cuando la pérdida fuese total, podrán los aseguradores oponerse á la demanda de averias alegando que no es este el caso de tal accion, sino que el asegurado debe hacerles el abandono, despues del cual

ellos pagarán la suma asegurada. Vaslin niega á los aseguradores, esta excepcion, fundado en que el abandono se *permite* á los asegurados el hacerlo cuando quieren obtener toda la suma asegurada, pero que pueden renunciar á esta facultad. Alguna dificultad encuentro en admitir esta decision, sobre todo si la averia fuese tan considerable que absorviese toda ó casi toda la suma asegurada, en cuyo caso fuera injusto que sobre haber percibido tal suma, se le permitiese al asegurado retener los restos del naufragio. Entonces ganaría, cuando solo debe ser indemnizado.

167. Solo falta observar que esta accion debe entablarse dentro del mismo *término* que aquella de que hemos tratado en el artículo precedente.

ARTICULO III.

DE LA OBLIGACION QUE CONTRAEN LOS ASEGURADORES AL ASEGURAR LA LIBERTAD DE UNA PERSONA, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.

168. En el nº 30 vimos, que las personas podian hacer asegurar su libertad, y que por esta especie particular de contrato de aseguracion, los aseguradores por cierta *prima* que el asegurado les daba ó se obligaba á darles, se obligaban para el caso en que en el curso del viaje expresado en la póliza fuere hecho cautivo ó prisionero, á proporcionarle cierta suma para su rescate y gastos de regreso.

La presa del buque y el cautiverio del asegurado que de ella resulta, dan lugar á dicha obligacion y á la accion que de ella nace, para pedir la suma que los aseguradores se obligan á pagar por el rescate del asegurado y gastos de su regreso.

169. Al asegurado para poder intentar utilmente esta accion, le basta presentar una certificacion de la presa, de su cautiverio y la póliza de aseguracion.

170. La ordenanza no explica dentro que plazo deberán los aseguradores pagar esta suma, pero como la redemcion de un cautivo requiere la mayor celeridad, no podrán los aseguradores gozar para el pago de esta suma la dilacion de tres meses de que gozan para el de las sumas aseguradas sobre buques ó géneros. Por consiguiente en este caso debe suplirse el silencio de la ley por el

Guidon de la mer que dice, que los aseguradores deben pagar la suma convenida para el rescate dentro los quince dias despues de justificado el cautiverio.

En la póliza se acostumbra indicar la persona á quien deberá pagarse esta suma: si se omite esta indicacion, debe pagarse al apoderado del cautivo.

171. Cuando la persona que hizo asegurar su libertad y que cautivo ó prisionero, muere antes que los aseguradores hayan sido morosos en pagar la suma puesta en la póliza, la accion que tenia ya toda su fuerza con el cautiverio para exigir el pago de la suma, ¿pasa á los herederos del cautivo? Yo creo que si, y por lo mismo pueden pedir á los aseguradores la suma expresada en la póliza. La razon es que el objeto de la obligacion que han contraido los aeguradores, no es la redencion del cautivo ó del prisionero que es á lo mas la causa final y el motivo del contrato. El objeto de la obligacion de los aseguradores es la suma del dinero puesto en la póliza que ellos se han obligado á pagar; el derecho que resulta de una obligacion que versa sobre una suma de dinero, es un derecho de la naturaleza de aquellos que pasan á los herederos de la persona con quien fué contraida.

Por la misma razon si habiendo hecho asegurar mi libertad, la obligacion y la accion que de ella nace, han tenido lugar y fuerza á mi favor por el cautiverio de mi persona, y me fugo antes de pedir la suma estipulada en la póliza, podré no obstante esto pedirla á los aseguradores, por mas que no la necesite para mi rescate.

Otra cosa seria, si por la póliza en que uno hace asegurar su libertad, no hubiesen prometido los aseguradores pagar una suma, sino el libertarle en caso de ser preso, en este caso el objeto de la obligacion de los aseguradores seria la redencion misma de la persona. Siendo este hecho personal á aquel en cuyo favor ha sido contraida la obligacion, la accion que de ella nace, no es transmisible á sus herederos. Hé aqui porque si el cautivo muere antes que los aseguradores hayan incurrido en mora para libertarle, estos quedan enteramente libres de su obligacion, y los herederos del cautivo ninguna accion tienen contra ellos.

Si el cautivo encuentra el medio de evadirse antes que los aseguradores hayan incurrido en mora para rescatarle, quedan libres

de su obligacion, pues el asegurado no puede pedir que se le rescate, supuesto que ya no es cautivo; por consiguiente la obligacion se extingue por haber cesado el objeto de ella.

172. Si aquellos en cuyo poder se halla cautivo ó prisionero el asegurado, pidiesen una suma exorbitante para su rescate, los aseguradores caso de no haber fijado la suma en la póliza de aseguracion, ¿ estarán obligados á dar la que se exije? Parece que los aseguradores, en este caso, solo estarán obligados á dar al cautivo por su rescate la suma que pudieron prever ascenderia el mayor precio, habida consideracion á la calidad del asegurado, pues los aseguradores al contraer su obligacion no entendieron ni quisieron obligarse *in infinitum*.

173. A mas de la obligacion principal que los aseguradores contraen con el asegurado de pagarle en caso de ser preso la suma estipulada en la poliza para su rescate y gastos de regreso, ó sino está fijado, lo que sea necesario para ello, los aseguradores contraen aun otra obligacion secundaria consistente en pagar al asegurado la pena señalada por la póliza, para el caso de retardar por su parte el cumplimiento de la obligacion principal.

174. Todo lo que se ha dicho sobre la obligacion y accion que nacen de la aseguracion de la libertad de una persona, tiene igualmente lugar, tanto si la aseguracion se hace para un viaje marítimo, como si es terrestre: como si un peregrino se propone ir á Jerusalen, y temeroso de ser preso por los arabes, hace asegurar su libertad. En este caso debe limitarse por el contrato el tiempo del viaje, y que este no pase de tres años, pasados los cuales los aseguradores á nada estarán tenidos, cualquiera que fuese el accidente que sobreviniese al asegurado.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES DEL ASEGURADO QUE NACEN DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.



175. El asegurado, por el contrato de aseguracion, contrae con los aseguradores la obligacion de pagarles la *prima*, esto es, la suma convenida por el precio de la aseguracion.

El asegurado contrae ordinariamente esta obligacion pura y simplemente, y en este caso debe la prima tanto si el buque llega salvo al puerto, como si perece.

Con todo algunas veces por un pacto particular de la póliza el asegurado no se obliga al pago de la prima, sino con la condicion de que *el buque llegue á buen puerto*: estipulándose que en caso contrario se pague el asegurado la suma sin deduccion de prima.

176. Por mas que la obligacion de pagar la prima se haya contraido pura y simplemente, con todo como ella es el precio de los riesgos que deben correr los aseguradores, y como no puede haber precio de riesgos cuando no se corre ninguno, esta obligacion de pagar la prima encierra por su naturaleza la condicion tácita, *si los aseguradores corren riesgos*.

De aqui se sigue que cuando un armador ha hecho asegurar su buque para cierto viaje, si este ha sido desbaratado antes de la salida del buque, aun que sea esto por el hecho del asegurado, la prima no se deberá á los aseguradores que no corren ningun riesgo, mientras que el buque no se hace á la vela, y si se la hubiese ya pagado estarán obligados á devolverla *condictione sine causa*, por haberla recibido indebidamente.

Asi mismo si algunos comerciantes hisiesen asegurar las mercadurias que se habian propuesto cargar en cierto buque, y despues variasen de proyecto, y no se verificase el cargamento, la prima de aseguracion de dichas mercadurias no será debida á los aseguradores, ya que ningun riesgo han corrido.

177. En vez de la prima que no es debida en este caso á los aseguradores cuando es por el hecho ó culpa del asegurado el que el contrato no haya tenido efecto, el asegurado debe pagar á los aseguradores por los perjuicios resultantes de la falta de ejecucion del contrato un medio por ciento de la suma asegurada, que pueden retener de la *prima* que han de restituir.

178. Como este medio por ciento es debido por los daños y perjuicios provenientes de la inejecucion del contrato por el hecho del asegurado, se sigue que cuando la falta de la ejecucion no proviene del hecho del asegurado, no tendrá lugar el indicado medio por ciento.

Ejemplo: Si un rayo incendia el buque antes de su salida, los aseguradores no podrán pretender el *medio por ciento*, pues que

la falta de ejecucion del contrato no proviene de un hecho del asegurado, sino de una fuerza mayor de que el asegurado no puede ser responsable: *Nemo præstat casus fortuitos.*

¿Podrá decirse que el contrato ha dejado de tener su ejecucion por el hecho del asegurado, y que debe en su consecuencia abonar el medio por ciento, si el incendio se ha realizado por falta de cuidado de parte del asegurado ó de sus dependientes? Ni aun en este caso creo que haya lugar á la indemnizacion del medio por ciento por la inejecucion del contrato, ya que no puede decirse que esta falta provenga del hecho del asegurado. La falta de cuidado del asegurado ó de sus marineros que ocasiona el incendio del buque, y la inejecucion del contrato, no puede considerarse por los aseguradores como un hecho del asegurado del cual les sea responsable, no habiendo contraido con ellos ninguna obligacion de cuidar de la conservacion de lo que es suyo.

179. No podrá decirse que sea por culpa del asegurado el que el contrato haya dejado de tener efecto, y por consiguiente no habrá lugar á la pena del medio por ciento, cuando el contrato es nulo *ipso jure*; porque se ha asegurado una cosa que tanto los aseguradores como el asegurado sabian que no podia asegurarse, como cuando se hace asegurar la vida de un hombre libre.

180. Asi como la entera inejecucion del contrato de aseguracion por el hecho del asegurado ó sin él, hace cesar enteramente la obligacion de pagar la prima, y aun da lugar á la restitucion, si hubiese sido pagada; asi tambien cuando el contrato solo ha tenido efecto por una parte de la suma asegurada, la obligacion de la prima cesa en cuanto al resto, y la prima deberá ser restituida por lo que hace á ese resto, si ya hubiese sido pagada.

Ejemplo: Si hubiese hecho asegurar una suma de 4000 drs. sobre un cargamento, que se ha encontrado ser solo del valor de 3000 y que en su consecuencia la aseguracion no ha tenido lugar sino por los 3000: teniendo la aseguracion únicamente efecto por las tres cuartas partes de la suma asegurada, por ellas solo se deberá la prima, y si hubiese sido pagada por entero, los aseguradores estarán obligados á devolver la cuarta parte. Pero si fuese por culpa del asegurado que hizo una estimacion falsa de su cargamento, que la aseguracion solo tuvo lugar por la cuarta parte que ha sido disminuida de la suma asegurada, deberá pagar por

causa de los daños é intereses el medio por ciento, de dicha cuarta parte, como lo dijimos en el nº. 177.

Si los aseguradores hacen rebajar la suma asegurada, el asegurado podrá pedir la reduccion de la prima. Pero cuando los aseguradores no se quejan de la suma asegurada, como sucederá en caso de feliz llegada del buque; no podrá el asegurado pedir la reduccion de la prima bajo pretesto de que la suma asegurada estaba sujeta á reduccion por exceder del valor de los efectos asegurados; porque no puede impugnar un hecho propio. Sin embargo si el asegurado contando de buena fé que le mandaban de vuelta un cargamento de 2000 duros, hizo asegurar este regreso sobre el pie de los 2000 duros y que á la llegada del buque se halla con que solo habia 1000, el asegurado como que procedió de buena fé, podria pedir la restitucion de la mitad de la *prima* que hubiese pagado, salvo el medio por ciento.

181. Asi que los aseguradores han empezado á correr los riesgos de toda la suma asegurada, adquieren y se les debe irrevocablemente entera la prima, aun cuando el viaje que motivó la aseguracion se hubiese acortado.

La ley no distingue si el viaje se acortó poco ó mucho, por consiguiente aunque el buque no haya hecho mas que salir del puerto, y vuelva poco despues á entrar sin volver á salir, esto bastará para que la prima entera sea debida, á los aseguradores. Para que les sea irrevocablemente debida bastará que hayan empezado á correr algun tiempo, por corto que sea, los riesgos de que ella es el precio. Hé aqui porque solo se manda la restitucion de la prima cuando el viage ha sido desbaratado *antes de la salida del buque*: de donde se sigue *á contrario* que una vez salido el buque, como que empezaron ya á correr los riesgos, la prima entera pertenece irrevocablemente á los aseguradores.

182. Este principio de que la prima se debe por entero é irrevocablemente á los aseguradores desde el punto en que empezaron á correr los riesgos de los efectos asegurados, por breve que haya sido el tiempo que los corrieron, recibe tres excepciones.

Primera, cuando la prima fué estipulada á razon de tanto por cada dia ó por cada mes, del tiempo que durara el viaje. Una prima de semejante naturaleza, claro está que no puede ser debida

sino á proporcion de lo que durare el viaje, segun la voluntad de las partes.

183. *Segunda*, cuando por una aseguracion de mercancias se estipuló una sola prima, tanto para la ida como para la vuelta, la que se llama *prima unida*: en este caso si habiendo llegado el buque al lugar de su destino, no se hace á la vela para la vuelta, el asegurador estará obligado á devolver la tercera parte de la prima, sino se ha estipulado lo contrario.

La razon está en que esta prima reune dos, la de ida y la de vuelta por cuya razon se llama *prima unida*. Los riesgos de la ida que los aseguradores han corrido, les han hecho ganar la primera, pero la de vuelta no ha llegado á debérseles por no haberse verificadó el regreso, con respeto al cual no puede decirse que hayan empezado á correr los riesgos.

Como el tiempo y los riesgos de la vuelta son ordinariamente iguales al tiempo y riesgos de la ida, la prima de vuelta parece deberia ser la mitad de aquella que las comprende á las dos; ¿porque pues la ley manda la restitucion de la *tercera parte*? A esto se responderá, que lo que retienen los aseguradores de mas de la mitad de la prima, se les concede por los daños y perjuicios que les resultan de la inejecucion del contrato de aseguracion para la vuelta. De lo que se sigue que nada mas pueden pretender, ni tampoco el medio por ciento.

184. La disposicion de la ordenanza es para el caso que *el buque haya llegado al lugar de su destino*. ¿*Quid* si pereció en el camino? No habrá lugar á la restitucion de ninguna parte de la prima: pues con la pérdida del buque el contrato de aseguracion ha recibido una entera consumacion, y los aseguradores por este accidente quedan deudores de la suma entera que aseguraron tanto para la ida como para la vuelta; justo es pues que el asegurado les deba por su parte la prima de ida y de vuelta.

185. La ordenanza dice: «*si no hay retorno*»; esto no debe entenderse de la vuelta del buque, sino, en este sentido, si el asegurado ninguna mercancia carga de retorno en el buque, que represente ó reemplace las aseguradas en la ida.

¿*Quid* si las cargó, pero por una suma menor de la suma asegurada? En este caso no habrá lugar á la restitucion de la tercera parte de la prima doble que se reputa ser la prima entera de vuelta, pues que en este caso el contrato ha sido ejecutado en parte

por el regreso. Pero como solo se ejecutó en parte, la tercera parte que forma el total de la prima de vuelta, se rebajará en justa proporcion de la rebaja que se hizo en la suma asegurada, y por la cual la aseguracion no ha tenido su ejecucion en la vuelta.

Ejemplo: Hice asegurar 1200 duros sobre un cargamento de igual valor, que tenia en un buque, mediante una *prima unida* para ida y vuelta que á razon de un cinco por ciento, importó 60 duros que pagué al contado á los aseguradores. Llegado el buque al lugar de su destino, solo le he cargado á la vuelta por valor de 900: por consiguiente no pudiendo la aseguracion tener lugar sino por una suma que no exceda del valor del cargamento, la aseguracion para el regreso debe sufrir la rebaja de un cuarto y ser reducida á proporcion de los 900 duros valor del cargamento de vuelta. Por consiguiente la *prima* de vuelta que es de 20 duros ó sea el tercio de la *prima unida*, debe sufrir igual rebaja de un cuarto, que es la suma de 5 duros debiendo los aseguradores devolverme los 15.

186. *Si no hay pacto contrario*: es decir, que las partes pueden convenir que la restitucion sea de una parte de la prima mayor ó menor de su tercio, caso que no hubiese cargamento para la vuelta.

187. La tercera excepcion de la regla que establece que la prima es debida irrevocablemente á los aseguradores desde luego que los riesgos han empezado, es cuando los aseguradores quiebran durante el tiempo de los riesgos: pues en este caso hallandose inseguro el asegurado por dicho incidente puede pedir la resolucion del contrato, y en su consecuencia la absolucion del pago de la prima sino la ha pagado aun, ó su restitucion, si la pagó. Si los acreedores del asegurador interviniesen en la demanda del asegurado, podrian ofrecerle una caucion idonea, y hacer declarar inoportuna su pretension.

188. De la obligacion que contrae el asegurado de pagar la prima, nace una accion que compete á los aseguradores contra el asegurado para exigirle el pago, luego despues que el contrato haya recibido su perfeccion, á no ser que por una clausula particular de la póliza, hayan los acreedores acordado un plazo para dicho pago.

Con mucha mas razon cuando por un pacto particular se hace depender el adeudo de la prima de la feliz llegada del buque,

como de una condicion no puede exigirse la prima antes del cumplimiento de esta condicion.

189. Cuando la prima no ha sido pagada, los aseguradores tienen un privilegio sobre los efectos asegurados para cobrarla.

190. A mas de la obligacion que contrae el asegurado de pagar la prima ó el medio por ciento en caso de inejecucion del contrato por su hecho, debe tambien contarse entre sus obligaciones que nacen de la naturaleza del contrato, la de hacer abandono de lo que reste de los efectos asegurados, á fin de poder pedir la suma asegurada en los casos en que haya lugar; *secc. anter. art.* 1, §. 3.

SECCION III.

DE LAS OBLIGACIONES QUE PRODUCE LA BUENA FE ENTRE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ASEGURACION.



191. La buena fe que debe reinar en el contrato de aseguracion, como en todos los demas contratos, obliga á cada uno de los contraentes á no disimularse nada de cuanto sepan acerca de las cosas que son objeto del contrato; pues tal disimulacion es un dolo, como lo expusimos en el *trat. de la compra y venta*, *n.* 234 *y siguientes*.

Como que los riesgos que se han de correr sobre los efectos asegurados, son una de las cosas principales que forman el objeto de este contrato, cada uno de los contraentes debe manifestar al otro todo cuanto sepa con respeto á su cantidad y magnitud.

Asi en tiempo de guerra, los aseguradores que tengan noticia de que se acerca el dia de la paz, no deben ocultarlo al asegurado para arrancarle una prima mas crecida que la que daria, si supiese dicha noticia.

192. Esta especie de simulacion solo es obligatoria en el foro de la conciencia.

193. El asegurado que disimuló riesgos de monta á que sabia que el buque debia estar expuesto, y que habria aumentado considerablemente el valor de la prima, si hubiesen sido conocidos de los aseguradores, no puede exigir de los aseguradores la suma asegurada, pues los aseguradores solo entendieron cargar con los riesgos proporcionados á la prima que el asegurado les pagó, como precio de los mismos, y no con otros.

Despues que el tiempo de los riesgos ha pasado, y que la pérdida se ha realizado, no hay ya mas tiempo para ofrecer el precio de esos riesgos, que no fueron en realidad objeto del contrato á causa de haberlos ocultado el asegurado é ignorándolos los aseguradores.

194. Con tal que las partes no usen la una con la otra ningun disimulo ni artificio, pueden lícitamente regatear el precio de la aseguracion; y como la estimacion de los riesgos es una cosa incierta y muy deficil de fijar, y que por consiguiente el justo precio de los riesgos debe tener *magnam latitudinem*, la prima que es la estimacion de los riesgos, por alta ó baja que sea, no se juzgará que salga de los límites del justo precio, aun en el fuero de la conciencia: y con mucha mas razon en el fuero externo no habrá lugar á la restitucion por causa de simple lesion en el precio, á menos que se alegase algun dolo.

195. No permitiendo la buena fe que las partes se oculten nada sobre las cosas que forman el objeto del contrato, el asegurado está obligado á declarar á los aseguradores la calidad de las mercancias que hace asegurar, que están sujetas á mayor riesgo, como son las que están sujetas á derramarse, como lo vimos en el n. 101.

Aunque la ley dispensa al asegurado de esta declaracion con respeto á las mercadurias que deben ser cargadas en el retorno, por razon de que ordinariamente no sabe cuales son los géneros que le mandarán; con todo cuando lo sabe, está obligado en conciencia á declararlo.

196. La obligacion que la buena fé impone á las partes de nada disimular de lo que sepan sobre las cosas que son de la substancia del contrato, ordinariamente solo pertenece al fuero de la conciencia. Pero la obligacion que la misma impone á cada una de las partes de no inducir á la otra en error, por falsas declaraciones, sobre las cosas substanciales del contrato: esta pertenece al fuero externo. Estas falsas declaraciones pueden, en el fuero externo, dar lugar á hacer declarar la nulidad del contrato: como cuando el asegurado declara á los aseguradores que el buque que hace asegurar, y en el cual están las mercadurias, es un buque armado de

cañones, cuando él no lo sabe: ó cuando les ha declarado que debia salir escoltado de alguna nave de guerra, aunque haya salido solo; pues siendo mayores los riesgos que ha de correr un buque desarmado, y que sale solo, la prima que es el precio de dichos riesgos, debe tambien ser mas considerable. De donde se sigue que la que los aseguradores recibieron que era solo el precio de los riesgos de un buque que se supuso falsamente armado y escoltado, no es el justo precio de los riesgos de este buque que no estaba armado ni salia escoltado, y como que no recibieron los aseguradores el equivalente del precio de riesgos tan considerables, no puede entenderse que cargaron con ellos.

Esto tiene lugar aun cuando el asegurado hubiese hecho sin malicia tal declaracion creyendo que era todo como lo afirmaba. En los contratos de interes recíproco hay notable diferencia entre no decir lo que hay, y decir lo que no hay. En el primer caso ninguna de las partes es responsable de no haber dicho lo que no sabia, ni disimulaba con malicia: en el segundo cada uno es responsable de lo que afirma ser, si no es, y ha inducido á la otra parte en error: *debet præstare rem ita esse ut afirmavit.*

Falta observar que la una de las partes no puede quejarse de la falsa declaracion de la otra, sino en cuanto ella le indujo en error. si pudiese justificarse que el que se dice inducido en error sabia ya la falsedad de la declaracion, no podria quejarse absolutamente.

SECCION IV.

DE LOS JUECES QUE DEBEN CONOCER DE LOS PLEYTOS A QUE PUEDEN DAR LUGAR LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO DE ASEGURACION.



197. El conocimiento de tales pleitos y disputas compete al juzgado del almirantazgo del distrito en que tuvo lugar la aseguracion, á no ser que hubiese en la póliza el pacto de dejar toda disputa que pudiera originarse al juicio de arbitros.

La cuestion ofreceria alguna dificultad, si el nombramiento de los arbitros estuviese en la póliza, y uno de ellos hubiese ya muerto, ó se negara á aceptar el nombramiento: porque las partes

se sometieran gustosas á la sentencia arbitral de dichos sujetos por la confianza que tenian en ellos, peró no á la de otras personas que podian decir que no les inspiraban igual confianza.

198. Por derecho francés un socio, aun despues de empezado el proceso y contestada la demanda puede hacer remitir los autos ante los arbitros, en el contrato de aseguracion por el contrario aun que contenga el pacto de sumision al juicio de arbitros, solo puede pedirse la remision ante arbitros antes de la contestacion del pleyto.

199. Ocho dias despues del nombramiento de los arbitros la parte que quiere activar el negocio puede exhibir sus documentos notificándolo á la parte contraria, requiriéndola para que haga otro tanto: y ocho dias despues de este requirimiento pueden los arbitros, si bien les parece, dar su sentencia en ausencia y rebeldia.

Estas sentencias deben ser homologadas en el juzgado del almirantazgo, sin que se permita al juez que las honologa, entrar en el examen del fondo del negocio.

No se admite apelacion de esta sentencia hasta que esté realizado el pago de la pena que se haya estipulado contra el que no adhiriese á ella.

Estas sentencias, aunque hayan sido apeladas, son ejecutorias, prestando previa caucion.

FIN DEL TRATADO DEL CONTRATO DE ASEGURACION.

APÉNDICE.

Disposiciones especiales del código de comercio español acerca del contrato de seguros marítimos.

La casi absoluta semejanza que se observa entre las explicaciones de Pothier y las disposiciones de nuestro código mercantil, solo se puede comprender atendiendo al antecedente de que el código civil frances se funda en los comentarios de aquel jurisconsulto, y el código de comercio español fué calcado casi enteramente sobre el código francés. Vamos á notar las disposiciones especiales vigentes entre nosotros.

Tambien aqui es nulo el contrato de seguros que versa sobre cosas que el asegurado sabia que habian perecido al tiempo de hacerlas asegurar, y la pena que nuestro código le impone es, ademas de no aprovecharle el seguro, la de pagar al asegurador la prima convenida y la quinta parte de lo que le fué asegurado, sin perjuicio de las demas penas que conminan las leyes comunes contra los estafas. Cod. de Com. art. 896. *Si solo hay presuncion de que el asegurado tenia dicha noticia, el seguro será nulo y nada mas. Esta presuncion legal á parte de otras pruebas tiene lugar cuando desde la pérdida á la celebracion del contrato mediaron tantas horas cuantas son las leguas legales de medida española, que dista el lugar en que acaeció la pérdida de aquel en que se celebró el contrato.*

La disposicion contenida en el n. 40 *tiene lugar entre nosotros con la diferencia que el dueño del buque solo podrá hacer asegurar las cuatro quintas partes de su valor, y no nueve decimas como disponia el antiguo derecho frances.*

Lo que dice Pothier en los números 47 *y* 48 *puede aplicarse al derecho español, solo que el asegurador que sabiendo la feliz arribada del cargamento lo asegura, ademas de perder todo el derecho de la prima, debe ser multado en la quinta parte del valor del cargamento asegurado.*

Si un comerciante supone mas valor del que tiene su cargamento, aunque lo haga de mala fé no es nulo el contrato, (art. 856 cod. de com.) *como lo era por derecho frances, n.* 76; *solo deberá reducirse la responsabilidad de los aseguradores al justo valor de los efectos asegurados. Ni los aseguradores ni los asegurados podrán reclamar contra la valuacion presupuesta en la póliza, cuando constase el paradero y suerte de la nave*: art. 857. *De la cantidad que se rebaje deberá el asegurado abonar un medio por ciento á los aseguradores.*

Por el código mercantil español, art. 879, *no se aumenta el premio del seguro ó prima por sobrevenir una declaracion de guerra, como tampoco se rebaja por sobrevenir una paz inesperada: segun lo resuelve Pothier n.* 83 *y siguientes fundado en la naturaleza del contrato.*

Entre nosotros es nulo el seguro, si el dueño de las cosas aseguradas es súbdito de una nacion enemiga; no obstante lo que dice el autor, n. 92.

Por derecho mercantil español tambien debe constar el contrato de seguros por escritura pública ó privada, para ser eficaz en juicio, y debe contener 1.° *la fecha con expresion de la hora en que se firma;* 2.° *los nombres apellidos y domicilio del asegurador y del asegurado;* 3.° *si este es propietario ó comisionista;* 4.° *el nombre y domicilio del propietario si el seguro se hace por comision;* 5.° *el nombre, porte, pabellon, matrícula armamento y tripulacion del buque en que van las cosas aseguradas;* 6.° *el nombre, apellido y domicilio del capitan;* 7.° *el puerto ó rada en que los efectos fueron ó deberán ser embarcados;* 8.° *el puerto de donde debe partir ó ha partido el buque;* 9.° *los puertos en que deba cargar ó descargar, ó hacer escalas;* 10.° *la naturaleza, calidad y valor de los efectos asegurados;* 11.° *las marcas y números de los bultos, si los tuviesen;* 12.° *el tiempo en que deben empezar y acabar los riesgos;* 13.° *la cantidad asegurada;* 14.° *el premio convenido, ó prima, y el lugar, tiempo y modo de su pago;* 15.° *la cantidad que corresponde á la ida y la que corresponde á la vuelta, si el seguro es para viage redondo;* 16.° *la obligacion del asegurador para pagar el daño que sobrevenga en los efectos asegurados;* 17.° *el plazo, lugar y forma en que debe hacerse este pago;* 18.° *la sumision al juicio de arbitros, si en ello se conviniere, y demas pactos especiales, siendo licitos, que quisiesen poner los contraentes;* art. 841, 842 y 843.

Respeto de dar la falta de noticias de un buque durante uno ó dos años, la presuncion de que ha perecido, conforme sienta Pothier en el n. 119 *y siguientes, debe observarse asimismo en España. Por viage de larga travesia en que son necesarios dos años para formar dicha presuncion, entiende nuestro código,* art. 908 y 909, *todos los que no sean para un puerto de Europa; para los de Asia y Africa en el Mediterraneo, ó para los de América situados mas acá de los rios de la Plata y S. Lorenzo, y las islas intermedias entre las costas de España y los paises marcados en esta designacion.*

Para aceptar ó desechar la composicion que para el rescate de una nave ó cargamento apresados hiciere el asegurado, de que habla Pothier en el n. 132 *y siguientes, tienen los aseguradores por derecho español veinte y cuatro horas despues de la notificacion;* art. 917 del cod. de com.

El término prefijado entre nosotros para hacer el abandono de los efectos asegurados es de seis meses contaderos desde que se recibió la noticia de la pérdida acaecida en los puertos y costas de Europa y en los de Asia y Africa que estan en el Mediterráneo, de un año cuando la pérdida sucede en las Azores, Madera, islas y costas occidentales de Africa y orientales de América, y de dos años si sucede en otra cualquier parte del mundo mas lejana. La noticia se entiende recibida desde que se hizo pública entre los comerciantes de la plaza en que reside el asegurado, ó pueda probarse que la recibió de sus corresponsales, consignatarios, capitan, etc. art. 904, 905 y 906.

No habiéndose estipulado plazo para el pago de la cantidad asegurada, deberán los aseguradores satisfacerla dentro diez

dias despues de hecha su reclamacion por el asegurado; art. 881.

Hecha la aseguracion por ida y vuelta, si el buque no trajese retorno, ó menos de las dos terceras partes de su carga, los aseguradores solo tendrán derecho á las dos terceras partes de la prima correspondiente á la vuelta, á no ser que se hubiese estipulado lo contrario. Art. 866. Las primas unidas *de que habla* Pothier *en el n.* 183 *y siguientes, no son conocidas en España, donde debe distinguirse lo que se señala por premio de ida y por el de vuelta.*

INDICE.

De los Capítulos, Secciones, Artículos y Párrafos contenidos en el TRATADO DEL CONTRATO DE ASEGURACION Ó SEGUROS.

FIN DEL INDICE.

TRATADO DEL CONTRATO

DE PRESTAMO A LA GRUESA,

POR POTHIER.

TRATADO

DEL CONTRATO

DE PRESTAMO A LA GRUESA.

ARTICULO PRIMERO.

El préstamo *á la gruesa* es un contrato por el cual el uno de los contraentes, que es el mutuante, presta al otro, que es el mutuatario, una cierta suma de dinero con la condicion de que en caso de pérdida de los efectos sobre los cuales dicha suma ha sido prestada, acaecida por algun accidente marítimo ó de fuerza mayor, nada podrá repetir el mutuante, sino en cuanto alcanzare lo que queda de ellos: y en caso de feliz llegada ó que esta haya dejado de realizarse por algun vicio de la misma cosa, ó por culpa del capitan ó de los marineros, el mutuatario estará obligado á devolver al mutuante la suma con un cierto beneficio convenido, por precio del riesgo que corrian dichos efectos, y con que el mutuante cargó.

Estos contratos de préstamo á la gruesa, llámanse tambien simplemente contratos á la gruesa. Se llaman ademas *contratos á vuelta de viage*, por razon de que ordinariamente el prestador ó mutuante corre los riesgos hasta á la vuelta del buque, y solo el compete la repeticion de la suma prestada en caso de feliz llega-

da del buque, bien que algunas veces estos contratos solamente se hacen para la ida, y no para la vuelta.

1. Este contrato estaba ya en uso entre los romanos, conocido con el nombre de *nauticum fœnus* ó de *contractus trajectitiæ pecuniæ*, como es de ver en los títulos del Digesto y del Código de *nautico fœnore*.

2. Este contrato está permitido no solo en el fuero externo, sino tambien en el de la conciencia, ya que nada tiene de usurario: pues la usura que está prohibida por las leyes civiles y eclesiásticas consiste en exigir algo que exceda de la suma prestada, en recompensa del préstamo, *vi mutui*: pero en este contrato el beneficio que se estipula á mas de la suma prestada, no es la recompensa del préstamo, sino el precio de los riesgos con que carga el mutuante para descargo y beneficio del mutuatario.

Por la naturaleza del contrato de préstamo el mutuatario carga con los riesgos de la suma de dinero cuya propiedad le ha sido transferida por dicho contrato, y con mucha mas razon con el riesgo de las cosas á las cuales ha aplicado dicha suma, y la pérdida que sufre en ellas, aunque por fuerza mayor, no le libra de la obligacion que ha contraido de devolver al mutuante la suma que tomó prestada. *Incendium œre alieno non liberat debitorem*; *l.* **11**, *cod. si cert. pet.* Si pues el mutuante consiente en tomar sobre sí esos riesgos, débele ser permitido estipular por ellos un precio.

Con todo aunque el beneficio marítimo se haya estipulado algun tanto crecido por el contrato á la gruesa, aun en el fuero de la conciencia se reputa que no es mas que el precio de los riesgos marítimos, y por lo mismo enteramente lícito. Si la intencion de las partes ha sido comprender en este beneficio, á mas del precio de los riesgos, la recompensa del préstamo que el mutuante hace de la suma prestada, este beneficio sería en cuanto á esta recompensa ilícito y usurario: *infra. art.* 2, §. 4.

3. El contrato de préstamo á la gruesa, es un contrato real, como el mutuo ordinario, pues recibe su perfeccion por la tradicion de la suma prestada. Es tambien *unilateral*, pues por este contrato el mutuante ninguna obligacion contrae con el mutuatario que es el que está obligado á devolver la suma prestada, con el beneficio marítimo, so condicion de que no acaezca ningun accidente de fuerza mayor que cause la pérdida de los efectos sobre los cuales se hizo el préstamo.

4. Este contrato es de recíproco interés de las partes, en lo que se diferencia del préstamo ordinario, que es un contrato de beneficencia cuyo interés solo pertenece al mutuatario, á quien concede el mutuante el uso gratuito de la suma que le presta; en vez de que el contrato á la gruesa se hace por el recíproco interés de ambos, pues el mutuante no se propone el hacer un favor al mutuatario, sino el recojer la ganancia marítima que se haya estipulado, como no se lo impida algun accidente.

5. Finalmente el préstamo á la gruesa es de la clase de los contratos aleatorios. El riesgo de la pérdida de los efectos sobre los cuales se hace el préstamo, con que carga el mutuante, tiene un precio que es el valor del beneficio maritimo que se obliga á pagarle el mutuatario en caso de feliz llegada.

6. Este contrato forma una especie particular diferente de todos los demas contratos. Al que mas se parece es al de seguros marítimos, pues en este contrato el mutuante carga respeto de los efectos sobre los cuales se hace el préstamo, con todos los riesgos con que cargan los aseguradores por el contrato de aseguracion con respeto á los efectos asegurados. Pero si bien hay esta conformidad entre estos dos contratos, con todo son muchas y muy considerables las diferencias entre uno y otro.

1.ª En el préstamo á la gruesa el mutuante entrega al mutuatario la suma de dinero que este invierte en la compra de los efectos de cuyo riesgo se encarga aquel: lo contrario sucede en el contrato de aseguracion, pues los aseguradores nada entregan al que hace asegurar sus efectos.

2.ª En el préstamo á la gruesa, al cargar el mutuante con los riesgos de los efectos sobre los cuales hace el préstamo, ninguna obligacion contrae con el mutuatario: pues la pérdida procedente de fuerza mayor, cuyo riesgo corre, no constituye al mutuatario acreedor del mutuante, solo impide que le sea deudor de la suma que ha recibido prestada: al contrario en el contrato de aseguracion los aseguradores contraen con el asegurado la obligacion de indemnizarle, en cuanto alcanzare la suma asegurada, todas las pérdidas y perjuicios sufridos por un accidente de fuerza mayor con respeto á dichos efectos.

3.ª El préstamo á la gruesa es un contrato *real* y *unilateral*, y el de aseguracion es *consensual* y *sinalagmático*.

ARTICULO II.

DE LO QUE FORMA LA SUBSTANCIA DEL CONTRATO DE PRESTAMO A LA GRUESA.

7. Cinco son las cosas que forman la substancia de este contrato: 1.° una suma de dinero que sea prestada: 2.° una ó muchas cosas sobre las cuales se haga el préstamo: 3.° los riesgos á los cuales dichas cosas están expuestas con los que carga el mutuante: 4.° una suma convenida que el mutuatario se obliga á pagar al mutuante en caso de feliz llegada, por precio de los riesgos que ha corrido, lo que se llama *beneficio marítimo*: 5.° el consentimiento de las partes en todas estas cosas.

§. I.

De la suma prestada.

8. Para formar un contaato á la gruesa, tal cual está en uso entre nosotros, es menester que uno de los contraentes preste al otro una suma de dinero con las condiciones acostumbradas en este contrato.

Aunque segun el uso se requiere para este contrato el que se preste una suma de dinero, no por esto dejan de poderse prestar otras cosas. Como que este contrato encierra un mutuo al cual se añade una convencion por la cual el mutuante carga con los riesgos, pueden ser materia del mismo todas las cosas *quæ pondere, usu, numero et mensura constant, et quæ usu consumuntur*; *l.* 2, §. 1, *ff. de rebus cred.*

§. II.

De las cosas sobre las cuales se hace el préstamo a la gruesa.

9. La parte que toma prestada una suma de dinero á la gruesa, la toma sobre ciertas cosas que están especialmente afectas, en caso de feliz llegada, á la restitucion de la suma asegurada, pero cuyos riesgos marítimos sufre el mutuante.

Las cosas sobre las cuales se hacen ordinariamente á los armadores los préstamos á la gruesa, son; «el cuerpo y quilla del buque, sus arreos y aparejos, lo que comprende las velas, cordages, vergas, polea y demas utensilios, *armamento y vituallas*, esto es, cañones y demas armas, provisiones de boca y guerra, *unida* ó *separadamente*, y el todo ó *parte de su cargamento*, lo que debe entenderse del cargamento que pertenece al armador á quien se hace el préstamo.

10. Con respeto á los contratos de aseguracion, se sentó por principio que no se permite hacer asegurar sino lo que se tiene, y aquello que corre riesgo de perderse, y por consiguiente está prohibido el hacer asegurar efectos por una suma mayor del valor que representan, como lo vimos en el contrato de aseguracion, n. 149; ahora bien lo mismo en el contrato á la gruesa está prohibido el tomar prestado sobre el buque ó mercancias del cargamento mas allá de su valor.

11. Con respeto á esto debe distinguirse si ha habido fraude ó no por parte del mutuatario. Si no hubo tal fraude, es decir, si se ve que al tiempo del contrato el mutuatario no tenia intencion de tomar prestado por mas de lo que valian los efectos sobre que tomaba el préstamo, y que contra su intencion y creencia el valor de esos efectos es menor que la suma prestada, en tal caso el préstamo á la gruesa no es de todo punto nulo, sino que subsiste en cuanto alcance el valor de dichos efectos; y por consiguiente si estos se pierden, el mutuatario quedará libre, si, de la obligacion de restituir la cantidad que le fué prestada, en cuanto dicho valor alcanzare, pero deberá satisfacer lo que excediere de este valor, como mal prestado. De la propia suerte en caso de feliz arribada el mutuante solo podrá pedir el beneficio marítimo en cuanto sea proporcionado con dicho valor. En cuanto al exceso asi en caso de pérdida como de feliz arribada siempre podrá exigirlo, con mas los intereses, como en indemnizacion de haber estado privado hasta la restitucion del uso de su dinero.

Ejemplo: Un comerciante tomó de buena fé prestada á la gruesa una suma de 2,000 duros sobre un cargamento que despues se vió no ser mas que de 1,800, estipulando el beneficio marítimo de 100 duros. Como este préstamo debe subsistir en cuanto alcanzare al valor real del cargamento, en caso de perderse este por un accidente de fuerza mayor, el comerciante quedará libre de la obligacion de restituir los 1800 duros, y solo deberá devolver

los 200, exceso del préstamo sobre el valor del cargamento, con el interés corriente de esta suma y en caso de feliz arribada puesto que el mutuante no corrió el riesgo sobre los 200 duros que constituye la decima parte de los dos mil sobre que se celebró el préstamo, tendrán que deducirse de los cien duros que forman el beneficio maritimo, diez duros que son su decima parte, sin que pueda pedir sobre los 2000 los intereses corrientes en la plaza.

En el segundo caso, es decir cuando el mutuatario sabia al tiempo del contrato que los efectos sobre que tomaba el préstamo á la gruesa, no alcanzaban á la cantidad prestada, no tendrá lugar una simple reduccion del contrato, sino que este es enteramente nulo, de suerte que la pérdida entera de los efectos sobre que se hizo el préstamo, no líbra al mutuatario de la obligacion de devolver toda la cantidad prestada.

12. Como el fraude no se presume nunca, deberá facilmente atenderse al mutuatario, si quiere justificar su buena intencion: para lo cual le bastará algun motivo plausible que pudiese haberle inducido en error.

13. ¿Porque, se dirá, ha de obligarse el mutuatario á la gruesa cuando obró de buena fé á que pague intereses por el exceso de la cantidad prestada sobre el valor de los efectos, ya que el préstamo subsiste en cuanto á este exceso á la manera de un mutuo ordinario en que no pueden mediar intereses, como no sea desde el dia en que el mutuatario fué constituido en demora? A esto respondo, que el mutuante solo prestó la suma estipulada en cuanto creyó que era igual al valor de los efectos sobre que la prestaba, y que por lo que mira al exceso no lo habria prestado á haber conocido el verdadero valor de dichos efectos. Como el mutuatario con la falsa declaracion que hizo, aunque sin mala fe, fué la causa de que se viese privado del uso del dinero que forma el exceso, es de ahí que debe indemnizarle con el pago de los intereses los perjuicios que por hecho propio le ha acarreado.

14. Asi como solo puede hacerse asegurar lo que ya se tiene, y nunca las ganancias que se esperan: asi tampoco pueden los armadores tomar préstamos á la gruesa sobre los fletes que esperan percibir, ni los comerciantes sobre las ganancias que esperan hacer con sus géneros. El préstamo á la gruesa que sobre tales cosas es celebrare, es nulo, y el mutuatario estará obligado á restituir la cantidad prestada tanto si se pierde el buque y los géneros, como si llegan felizmente á puerto. Por la misma razon tampoco el mutuante podrá pedir el beneficio marítimo, ni siquiera puede pedir intereses por la cantidad prestada, como no sea desde el dia de la demanda, porque en este caso no puede decir, como en el antecedente, que fué inducido en error por un hecho del mutuatario, ya que sabia, ó debia saber tanto como este, que no era lícito el préstamo á la gruesa sobre tales cosas.

15. En cuanto á los salarios de los marineros, por mas que esté prohibido hacerlos asegurar, por no pertenecerles todavia, ya que solo tendrian derecho á ellos en caso de feliz arribada, y ademas por temor de que estando seguros de cobrarlos tal vez mirarian con menos esmero por la conservacion del buque, en que ningun interes tendrian; no obstante se les permite tomar préstamos á la gruesa sobre ellos, á pesar de que las mismas razones mediaban en uno y otro contrato. Por lo mismo se exigen dos circunstancias: 1ª que la cantidad prestada no pase de la mitad del valor de tales salarios; 2ª que el préstamo se haga en presencia y con consentimiento del capitan. En el curso de un viaje se requiere otra tercera circunstancia, y es el consentimiento del consul.

§. III.

De los riesgos.

16. Es de la esencia del préstamo á la gruesa que se hallen expuestas las cosas sobre que se hace, á algunos riesgos, pues de ellos se encarga el mutuante por cierto precio.

Estos riesgos son todos los casos fortuitos que pueden causar la pérdida de los efectos sobre que se presta el dinero, en el tiempo y lugares estipulados. Por casos fortuitos se entienden todos los accidentes de fuerza mayor con que cargan los aseguradores en el contrato de seguros.

17. No son casos fortuitos los accidentes que emanen de un vicio de la cosa misma, ó de un hecho de su dueño. En esto se parecen los mutuantes á la gruesa á los aseguradores; por tanto téngase por repetido aqui lo que dijimos en el tratado sobre los seguros, *cap*. 1, *art*. 3, §. 3.

18. Los mutuantes á la gruesa lo mismo que los aseguradores

no corren con los riesgos sino en los lugares y tiempos estipulados. Véase sobre esto lo que dijimos en el tratado anterior, n. 62, y siguientes.

Finalmente el mutuante solo se reputa sujetarse á los riesgos que corran los efectos sobre que prestó el dinero estando en el buque en que se dijo en el contrato que se hallaban ó serian cargados. Tambien en este punto tiene aplicacion exacta lo decidido en caso análogo respeto de las aseguraciones: vease el tratado anterior. n. 68.

Ejemplo: Hé aqui un caso interesante que se ha presentado en el tribunal del almirantazgo. Pedro habia prestado á la gruesa á Santiago una cantidad de dinero en las Indias Orientales, sobre un cargamento de géneros que este tenia en el buque llamado *Duque de Penthievre.* Al arribar Santiago á la Isla de Francia, se traslada con sus géneros al buque *Pondichery*, cuyo capitan lo recibe en virtud de una orden del gobernador que así se lo manda, haciendo antes una protesta solemne ante escribano, en que declara que verificado el trasborde por orden superior, los riesgos que Pedro habia tomado sobre sí respeto del cargamento del primer buque, debian en adelante entenderse respeto del segundo. El *Pondichery* fué apresado por los ingleses, y el *Duque de Penthievre* arribó felizmente á puerto. Pedro pide la cantidad prestada y ademas el beneficio marítimo. Santiago se negaba á este pago alegando un certificado de la compañía de Indias en que constaba que el gobernador de la Isla de Francia habia dado orden al capitan del *Pondichery* para que lo recibiese á bordo. Pedro replicaba que ese documento demostraba que Santiago que no podia trasladarse á otro buque sin una orden del gobernador, habia conseguido esta orden, pero no que le hubiese sido preciso verificar la traslacion; y como sin una necesidad indeclinable ó sin consentimiento de Pedro no podia cambiar la condicion de este y sujetarle á otros riesgos que los que habia tomado sobre sí, pedia Pedro que se le condenase á pagar la cantidad prestada y el beneficio maritimo. El tribunal asi lo falló.

§. IV.

Del beneficio marítimo.

19. No puede haber préstamo á la gruesa sin un beneficio marítimo, es decir, sin una cantidad de dinero ú otra cosa que el mutuatario se obligue á entregar el mutuante á mas de la cantidad prestada como precio de los riesgos á que se expone.

Si alguno prestase dinero á un armador para cierto viaje bajo condicion de que no se restituyese en caso de ser apresado el buque ó de perderse por algun accidente de fuerza mayor, sin exigirle por ello premio alguno, este contrato no seria un préstamo á la gruesa sino un simple mutuo con parte de donacion de la cosa prestada caso de perderse el buque, cuya donacion fuera válida en fuerza de la tradicion del dinero, con tal que fuese entre personas hábiles.

20. El beneficio marítimo consistía entre los romanos en un interés que se devengaba mientras duraban los riesgos, y se llamaba *nanticum fœnus*; ó *usura nautica.* Antes de Justiniano no habia regla alguna que fijase estos intereses que se dejaban al libre arbitrio de las partes; Paulo, *sent. II*, 14, 3. Pero dicho Emperador, *l.* 26, *cod. de usur.*, despues de haber prohibido la *centesima* que era el uno por ciento al mes, en los mutuos ordinarios, lo permite en estos contratos, pero probibe estipular mayores intereses.

Entre nosotros el beneficio marítimo no consiste en un tanto por ciento al mes ó al año, á no ser que el préstamo se haga para un tiempo limitado de navegacion. Pero cuando se hace para un viaje á un lugar determinado, el beneficio maritimo se reduce á una cantidad fija proporcionada á la cantidad prestada. Por lo demas de cualquier manera que se estipule, no hay ley alguna que limite este beneficio sobre que las partes pueden contratar libremente. La ley de Justiniano no es seguida entre nosotros.

21. Cuando el préstamo se hace para ida y vuelta del buque, por lo regular se estipula que si no ha vuelto dentro cierto tiempo desde este tiempo el beneficio maritimo aumentará á razon de un tanto por ciento al mes hasta la vuelta.

22. Como los riesgos son mayores en tiempo de guerra, acos-

túmbrase por lo comun estipular que en caso de sobrevenir ella el beneficio aumentará en tanta cantidad. Pero si tal pacto no hubiese mediado, sobreviniendo despues del contrato una declaracion de guerra, ¿ podrá el mutuante á la gruesa pedir un aumento en el beneficio marítimo ? A su favor puede decirse que se les concede este aumento, respeto de la prima á los aseguradores que se hallan en un caso igual en cuanto á los riesgos. En contra puede alegarse que lo que se concede á los aseguradores es un favor *contra rationem juris*, y por interes pùblico, segun vimos en el *trat. de segur, marit.*, *n.* 83. Ahora bien es un principio que *quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias*.

§. V.

Del consentimiento.

23. Para la validez del préstamo á la gruesa lo mismo que para la de los demas contratos, es necesario el consentimiento de las partes en todas las cosas de que el contrato se compone. Asi es que debe haber consentimiento, 1.° sobre la cantidad prestada, es decir, que el mutuante ha de haber querido dar y el mutuatario recibir prestada la cantidad objeto del contrato, cuyo consentimiento queda suficientemente justificado cuando el mutuante ú otro en su nombre contó el dinero, y el mutuatario ú otro por él lo recibió.

24. Debe haber consentimiento, 2.° en los efectos sobre que se hace el préstamo. Asi es que si yo creo prestar á un armador una cantidad sobre el buque *Lis*, y el cree recibirla sobre el Alcides, será nulo el contrato por falta de consentimiento. Pero nunca llega este caso, porque jamas deja de expresarse en la escritura el nombre del buque sobre que se hace el préstamo, y aun el del capitan que lo manda.

El consentimiento debe asimismo recaer, 3°. sobre los riesgos que el mutuante toma sobre sí. Faltaria este consentimiento, si las partes no estuviesen acordes acerca de la especie de riesgos con que carga el mutuante. Tampoco llega jamas este caso, porque se presume que convinieron las partes en que esos riesgos serán los que la ley prefija, á no ser que haya pacto en contrario, el cual deberia ser escrito.

25. Finalmente debe mediar el consentimiento, 4.° sobre el beneficio maritimo, es decir, que el mutuatario ha de querer obligarse á pagar al mutuante en caso de feliz arribada la misma cantidad por la cual el mutuante quiere cargar con los riesgos marítimos. Por lo demas nunca se atiende á una de las partes que alegare no haber convenido en lo que consta en la escritura del contrato.

ARTICULO III.

DE LAS FORMALIDADES DEL PRESTAMO A LA GRUESA.

—

26. En cuanto á las formalidades que han de guardarse en este contrato, deben distingirse las que conciernen á la substancia del contrato, de las que se dirigen mas bien á la prueba del mismo.

Como este contrato encierra un mutuo y un convenio particular por el cual el mutuante carga con los riesgos marítimos por cierto precio, para su formacion lo mismo que para el mutuo será necesaria una traslacion de dominio del dinero prestado en fuerza de la tradicion hecha por el mutuante al mutuatario: *l.* 2, §. 2 *y* 4, *ff. de reb. cred.*

Si el mutuante no es dueño del dinero que presta, ó no tiene facultad para disponer de él, hay un defecto en la forma, que hace nulo el contrato por faltar la traslacion de dominio. Pero si el mutuatario consume de buena fé este dinero, se hace válido el contrato en fuerza de esta consuncion que equivale á la traslacion de dominio, *ll.* 13. 19. 55, *ff. d. tit.* Al hablar del mutuo dijimos acerca de este lo bastante.

27 Las escrituras en que se extienden estos contratos, conciernen á la prueba y no á la substancia del contrato. Si no hubiese escritura, y una de las partes negase la celebracion del contrato, la otra no podria justificarlo por no admitirse la prueba testimonial. El contrato fuera válido en conciencia, pero sin fuerza ante los tribunales.

28. Aun ante estos puede el mutuante deferir el juramento decisorio al mutuatario acerca de la verdad y condiciones del contrato.

29. La escritura privada reconocida ó comprobada tiene la misma fuerza que la escritura pública para con el mutuatario y sus sucesores, pero no respeto de terceras personas contra las cuales quisiese el mutuante hacer valer el privilegio inherente á este contrato, de que hablaremos en el articulo siguiente. La fecha de una escritura privada nunca se reputa cierta en perjuicio de un tercero, á menos que en otra manera conste.

30. Sin ninguna ley que lo prescriba, enseña el buen sentido que la escritura de préstamo á la gruesa ha de contener ademas del nombre de los contraentes y de la suma prestada lo que se haya estipulado por el beneficio maritimo, el nombre del buque sobre que se hace el péstamo, ó en que se halla el cargamento sobre que se presta, y el del capitan, como asi mismo el viaje para que ha de servir el préstamo.

31. Con tal que la escritura en que consta el préstamo á la gruesa, designe suficientemente el buque, no es necesario que exprese los efectos que allí tiene el mutuatario, y sobre que toma el préstamo, pues se reputa tomarlo sobre los efectos que en el cargamento tenga. Asi es que si el buque fuese apresado ó pereciese con todo su cargamento, el contrato tendrá su debido efecto, con tal que el mutuatario justifique que tenia en él efectos de igual ó mayor valor que la cantidad prestada.

32. Si se dijese en la escritura que el préstamo á la gruesa se hacia sobre cierto buque que iba á salir para la Martínica, sin expresar si se hacia el contrato para la ida solamente ó para la ida y vuelta, ¿se reputará hecho solo para la ida? Si en la plaza en que este contrato se hizo, se hubiesen celebrado otros para el mismo viage y de ida y vuelta, y ademas en el contrato cuestionado se hubiese estipulado un beneficio marítimo igual á poca diferencia al que se acostumbra estipular para los viages de ida y vuelta, debe presumirse celebrado asi mismo para ida y vuelta. Al contrario si el beneficio marítimo fuese muy inferior al de los demas contratos, se presumirá hecho el contrato solo para la ida.

Si faltasen tales presunciones á causa de no haberse celebrado al tiempo y en el lugar en que se celebró el contrato en hipotesis, otros análogos, opino que en tal caso deberá reputarse hecho el contrato para ida y vuelta, pues hay una regla para la interpretacion de los contratos que prescribe que deben entenderse segun lo que está mas en uso, y el uso es que sea para ida y vuelta, como que en algunos puntos se llaman *préstamos á la vuelta del viage*. Otra regla corrobora esta interpretacion, tal es la de que en caso dudoso debe adoptarse el sentido mas favorable al deudor.

ARTICULO IV.

DE LA OBLIGACION QUE FORMA EL PRÉSTAMO A LA GRUESA, DE LA CONDICION DE QUE DEPENDE, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.

———

§. 1.

De la obligacion que forma este préstamo, y de la condicion de que depende.

33. El préstamo á la gruesa es, segun dijimos, un contrato *unilateral*, que solo obliga al mutuatario, quien contrae la obligacion de restituir al mutuante la cantidad prestada y de pagarle ademas el beneficio marítimo convenido, pero solo la contrae bajo la condicion de que *no sobrevenga* algun accidente de fuerza mayor que cause la pérdida de los efectos sobre que se hace el préstamo.

34. Esta condicion cuando el contrato es para ida y vuelta de un viage, se realiza con la vuelta del buque respeto de las mercancias que reemplazaron á las primeras, y las representan. Y aun basta para que la condicion se verifique, que no haya acaecido durante todo el tiempo de ida y vuelta accidente alguno de fuerza mayor que haya causado la pérdida de los efectos sobre que se hizo el préstamo, ó que substituyeron á estos, aun cuando hubiesen perecido por vicio de la cosa misma ó por culpa ó barateria de la tripulacion.

35. Asimismo cuando el préstamo á la gruesa solo se hace para la ida y no para la vuelta, se entiende verificarse la condicion no solo con la feliz arribada del buque y efectos al lugar de su destino, sino que ademas existe si los efectos pereciesen por una causa que no sea una fuerza mayor, y que recaiga sobre el mutuante.

36. Si el préstamo hubiese sido hecho para un tiempo limitado la condicion de la obligacion del mutuatario existirá cuando duran-

te todo ese tiempo no acaece accidente alguno de fuerza mayor que cause la pérdida de los efectos sobre que se hizo el préstamo.

37. Por regla general la condicion del contrato y de la obligacion que encierra, existe siempre que durante todo el tiempo en que corre con los riesgos el mutuante, no sobreviene accidente alguno de los que recaen sobre él mismo, que cause la pérdida de dichos efectos. Y por el contrario si durante este tiempo sucediese alguno de estos contratiempos que cause tal pérdida, falta la condicion, quedan anulados el contrato y la obligacion del mutuatario que él encerraba, obligacion que solo bajo tal condicion habia sido contraida.

38. ¿Que deberá decirse si el mutuante no corre riesgo alguno á causa de haber sido impedido el viage? El mutuatario deberá restituir la cantidad que recibió prestada, pero no deberá pagar el beneficio marítimo que siendo el precio de los riesgos, no puede deberse cuando ningun riesgo se ha corrido. La condicion de correr los riesgos marítimos es esencial á este contrato y á la obligacion que el mutuatario contrae de pagar el beneficio marítimo. Por la misma razon en un caso análogo tampoco se debe la prima en las aseguraciones.

39. Tampoco se deberia el beneficio marítimo aun cuando el impedimento del viage procediese de un hecho del mutuatario; porque basta que el viage no se haya verificado ni corridose riesgo alguno, cualquiera que sea por otra parte la causa de esto, para que no se deba beneficio marítimo, ya que no puede haber precio de los riesgos que no se corren.

Solo hay una diferencia entre el caso en que esto procediese de un hecho del mutuatario y el en que no hubiese mediado tal hecho, como si dejase de hacerse el viage á causa de haberse interceptado despues del contrato las comunicaciones con el puerto á que el buque debia de ir destinado. En el primer caso el mutuatario no deberá el beneficio marítimo, pero si el interes legal de la cantidad prestada hasta su devolucion, como en indemnizacion de los perjuicios causados por la falta de cumplimiento del contrato, pues el mutuante solo se habia privado del uso de su dinero con la esperanza de recibir el lucro marítimo, y como esto no puede realizarse por un hecho del mutuatario, y sin embargo se ve privado del uso de su dinero, preciso es que se le indemnice este perjuicio.

En el segundo caso no puede obligarse al mutuatario á indemnizar este perjuicio que él no causó con ningun hecho propio. El mutuante solo podria pretender los intereses legales desde el dia en que interpelado judicialmente el mutuatario incurriese en demora de pagar.

40. Si el mutuante hubiese empezado ya á correr los riesgos del viage, aunque despues no los corriese todo el tiempo convenido á causa de haberse acortado dicho viage; no por esto dejará de debérsele todo el beneficio marítimo, á menos que hubiese ocurrido algun accidente de fuerza mayor que hubiese causado la pérdida de los efectos sobre que se hizo el préstamo.

41. El tribunal de Aix llevó tan al extremo la aplicacion de este principio, que en el caso en que el préstamo se hubiese hecho para ida y vuelta, estipulándose un solo beneficio marítimo, falló que se debia todo entero sin deduccion alguna, aun cuando no se hubiese realizado la vuelta. Vaslin sin embargo opina que en este caso tiene lugar respecto del préstamo á la gruesa, lo que por lo tocante á la aseguracion se halla decidido, á saber, que si no hay retorno, el beneficio marítimo debe sufrir una rebaja de un tercio. *V. Trat. de asegur. n.* 184.

42. Existe la condicion del préstamo á la gruesa, y por consiguiente la obligacion que él encierra, cuando durante todo el tiempo de los riesgos los efectos sobre que se hizo el préstamo no fueron apresados ni perdidos, por considerables que fuesen las averias y menoscabos que por una fuerza mayor hubiesen sufrido. El mutuatario deberá restituir la cantidad prestada y pagar el lucro marítimo sin deduccion alguna par razon del deterioro de los efectos. En esto llevan ventaja los mutuantes á la gruesa sobre los aseguradores quienes deben indemnizar en cuanto alcance la cantidad asegurada esos deterioros. Consiste la diferencia en que los aseguradores se obligan á hacer esta indemnizacion, cuando los mutuantes á la gruesa á nada se obligan, siendo por el contrario el mutuatario el único que se obliga, bien que bajo la condicion de no ser apresados ni perderse por un accidente de fuerza mayor los efectos sobre que se hace el préstamo, condicion que no existe cuando los efectos solo se averiaron.

43. Esto se entiende cuando no hay pacto en contrario; pues puede válidamente convenirse que en caso de averias ó deterioros acaecidos por una fuerza mayor en los efectos sobre que se hizo

el préstamo, la cantidad prestada que ha de devolverse, sufra una reduccion proporcionada á los menoscabos de dichos efectos.

44. No es lo mismo respeto de las *averias comunes* que respeto de las *simples*, pues está prevenido que el mutuante pague en lugar del mutuatario dueño de los efectos sobre que se hizo el préstamo, el tanto que sobre ellos se imponga para indemnizar las averias comunes.

Llámanse *averias comunes* las pérdidas que ha sufrido, ó los gastos que ha tenido que hacer el dueño del buque, ú otro que lo sea de efectos del cargamento, á fin de salvar los intereses comunes; tal es la pérdida de la echazon de los géneros mas pesados verificada para aligerar el buque en caso de tempestad, ó el deterioro causado al buque en un caso semejante cortándole los palos y los cables, el rescate que se paga á un corsario, etc. Se llaman *comunes* estas averias, porque causadas en provecho comun, es decir, para conservar todo el buque y todos los géneros del cargamento, deben contribuir en su indemnizacion todos aquellos que tenian interes en la conservacion del buque y de los efectos de su cargamento en justa proporcion de ese interes.

Ahora bien como el mutuante á la gruesa tiene interes en la conservacion de los efectos sobre que se hizo el préstamo, ya que su pérdida le hubiera acarreado la del dinero prestado, y como por el contrario el dueño de estos efectos tiene apenas interes en esa conservacion, ya que su pérdida le libraria del pago del precio que debe: síguese que el mutuante es el que ha de pagar la cuota para indemnizar las averias comunes. Esto no está opuesto á lo que dijimos antes, que el mutuante no contrae obligacion alguna para con el mutuatario, pues la de contribuir en la indemnizacion de las averias comunes no dimana del préstamo á la gruesa, ni es directamente á favor del mutuatario, sino á favor del que sacrificó sus cosas para salvar las de los demas, es hija del principio que prescribe que lo que cuesta un negocio comun, sea satisfecho por todos los que tienen interés en él.

45. Como la obligacion que contrae el mutuante de concurrir en las averias comunes, es mas bien para con el que á sus costas procuró la conservacion de los efectos de los otros, que para con el mutuatario, es de ahí que esa obligacion no impide que tenga entero valor y efecto la otra contraida por el mutuatario á favor del mutuante en fuerza del préstamo á la gruesa. Asi le deberá

el beneficio maritimo por completo. Si habiendo el mutuatario satisfecho con su dinero la cuota impuesta á sus efectos á fin de poderlos retirar, el mutuante ha de abonarle esta cantidad; es porque el mutuatario pagó por él esa deuda, de la propia suerte que estaria obligado á abonarle cualquier otra cosa que por él hubiese satisfecho.

46. ¿Podria pactarse que ninguna contribucion por averias comunes estuviese á cargo del mutuante? Vaslin se declara con razon contra los que están por la afirmativa; en efecto tal pacto fuera manifestamente injusto.

47. Hemos visto que la feliz arribada á puerto de los efectos sobre que se hizo del préstamo, por mas que algun accidente de fuerza mayor los hubiese deteriorado considerablemente, hace existir la condicion de la obligacion del mutuatario, quien debe en tal caso restituir la cantidad prestada y pagar el beneficio maritimo. ¿*Quid*, si solo llegase una parte de tales efectos? La condicion solo existiria en parte, y por consiguiente solo existiria la obligacion en cuanto alcanzare el valor de lo que quedase, y no en lo demas.

48. ¿Deberá el mutuatario en tal caso pagar el beneficio maritimo en proporcion al valor de lo que se ha salvado? No, porque *todas* sus obligaciones deben reducirse á lo que puede alcanzar la parte de los efectos salvados, luego solo en cuanto á esto puede el mutuante exigirle el cumplimiento de tales obligaciones: luego no puede pedir el beneficio maritimo á mas del valor de dichos efectos.

49. Si el préstamo á la gruesa hubiese sido hecho sobre un cargamento de un valor superior á la cantidad prestada, ¿en caso de un naufragio ú otro accidente deberia reducirse el contrato al valor de todos los efectos salvados, ó solo al de una parte de ellos que guardase respeto del todo, la misma proporcion que la cantidad prestada respeto del valor total del cargamento? Supongamos, por ejemplo, que se prestasen á la gruesa mil y quinientos duros sobre un cargamento que vale dos mil y que la totalidad de los efectos salvados sube á cuatro cientos; en tal caso se reducirá el contrato á esos 400 duros, ó solo á 300 que es el valor de las tres cuartas partes de los efectos salvados, de la propia suerte que los 1,500 duros prestados componian tres cuartas del total valor del cargamento? Vaslin decide que el contrato debe reducirse no

al total valor de los efectos salvados, sino solo á una parte de ellos que guarde con su valor la misma proporcion que la cantidad prestada guardaba con el total valor del cargamento.

Fúndase en la analogia que este contrato guarda con el de seguros maritimos, y dice que si uno que sobre un cargamento de dos mil duros hubiese hecho asegurar mil quinientos, que son tres cuartas partes del cargamento, solo debe hacer abandono á los aseguradores de tres cuartas partes de lo que se hubiese salvado de un naufragio quedando la otra cuarta á favor del mismo asegurado por razon de la cuarta parte del cargamento que corria de su cuenta y riesgo, tampoco puede obligarse á mas á uno que hubiese tomado prestada á la gruesa una cantidad menor de lo que valia el cargamento sobre que la tomaba, ya que los derechos y obligaciones de un mutuatario á la gruesa son muy semejantes á los que tiene un asegurado, como lo son tambien las causas de donde tales derechos y obligaciones dimanan.

Este argumento tiene mas de especioso que de sólido. En este caso especial hay gran diferencia entre el contrato de seguros y el préstamo á la gruesa. Cuando hago asegurar una cantidad sobre un cargamento de mucho mayor valor, como 1,500 duros, sobre efectos que valen 2,000 no puede decirse que el cargamento sea asegurado por su totalidad, pues esto envolveria una contradiccion: solo lo es por sus tres cuartas partes, y por consiguiente solo por estas tres cuartas deberá hacerse el abandono: debiendose añadir á mayor abundamiento que como la aseguracion se hizo indeterminadamente, y afecta á todos y á cada uno de los efectos por las tres cuartas partes indeterminadas, no mas que estas tres cuartas deberia abandonar el asegurado que solo tiene que abandonar lo que se le aseguró. Pero cuando sobre un cargamento de 2,000 duros se toman prestados á la gruesa 1,500, aun que esta última cantidad solo forma tres cuartas partes de la primera, nada impide que se entienda prestada sobre la totalidad de los 2,000 es decir bajo condicion de que el mutuatario solo debe devolver la cantidad prestada cuando no sobrevenga á los efectos algun accidente que cause su pérdida, y que en caso de sobrevenir alguno de dihcos accidentes, solo subsistiria el contrato en cuanto alcanzaren los efectos salvados. Este pacto lejos de ser repugnante ni contrario á la justicia y equidad, se presenta muy singular y conforme con la naturaleza del contrato, en términos que se sobrentiende cuando no hay estipulacion en contrario.

Es verdad que si el préstamo á la gruesa se hace sobre un cargamento que le sobrepuje en valor, el mutuante tiene mayores ventajas y mejor garantía, que si se hubiese hecho sobre efectos de igual valor: pero esto no quita que sea equitativo entonces el contrato, siendo de presumir que estas ventajas quedarian compensadas con una proporcionada rebaja en el beneficio maritimo.

Si se hubiese estipulado expresamente que el préstamo solo se tomaba sobre dos terceras ó tres cuartas partes de los efectos, en tal caso y solo entonces podrá seguirse la opinion de Vaslin.

§. II.

De la accion que nace de la obligacion que contrae por este contrato el mutuatario

50. De la obligacion que contrae el mutuatario á la gruesa, nace una accion que contra él compete al mutuante para pedirle la devolucion de la cantidad prestada y el pago del beneficio maritimo.

Da lugar y fuerza á esta accion el cumplimiento de la condicion de que la obligacion pende

51. El demandante puede pedir el interes de la cantidad prestada desde el dia de la demanda, no asi respeto del beneficio maritimo, que es una especie de interés de aquella cantidad, *nautica usura*, *nauticum fœnus*, y por lo mismo no admite interés, porque no consiente la ley que haya interés de intereses: *accessio accessionis non est:* esto fuera un *anatocismo* que la ley condena.

52. El mutuante tiene por esta accion un privilegio. Si el préstamo fué hecho sobre el cuerpo y quilla de un buque para las necesidades de un viaje, tiene este privilegio no solo sobre el buque, sino tambien sobre sus arreos y aparejos, armamento y vituallas, y aun sobre el flete que debiesen los comerciantes que tuvieron parte en el cargamento.

Para gozar de este privilegio no deberá el mutuante presentar documentos justificativos de que la cantidad prestada fué realmente invertida en el equipo y armamento del buque: bastarale, segun Vaslin, que en el contrato se haya dicho que el préstamo

se hacia sobre el cuerpo y quilla del buque paraque deba presumirse que el dinero prestado sirvió para su equipo y armamento, aun cuando no se hubiese expresado que era *para atender á las necesidades del viaje.*

53. Si antes de un viaje se hubiese hecho un préstamo para el equipo y armamento de un buque, y despues durante el mismo viaje se hubiese hecho otro para su recomposicion ú otra necesidad, el privilegio del último préstamo lleva ventaja sobre el delprimero. Fúndase esto en que inútil hubiese sido armar el buque, si por accidentes posteriormente sobrevenidos no hubiese podido continuar el viaje. El segundo mutuante ha conservado al primero con su dinero la *prenda ó hiputeca: salvam fecit pignoris causam: utiltier ejus negotium gessit*; por tanto debe ser preferido.

54. Sobre los privilegios de uno y otro lleva ventaja el de los marineros y demas de la tripulacion por sus salarios, pues en vano se habria armado y aun reparado el buque, si no hubiese sido conducido á su destino por los trabajos de la tripulacion.

Si uno hubiese prestado cierta cantidad á un armador para un primer viage, y á la vuelta hubiese renovado el préstamo para otro segundo, será postergado á otro mutuante que hubiese realmente entregado el dinero para este segundo viaje, porque este dinero es el que se presume haber servido para el equipo del buque.

55. El mutuante tiene este privilegio ora haya prestado el dinero al mismo dueño del buque, ora al patron ó capitan, porque el hecho de este obliga á su principal. Si el préstamo se hiciese en el lugar en que demora el dueño, no quedaria este obligado sin su propio y expreso consentimiento; porque no se presume que haya encargado los negocios del buque al capitan, sino para el caso de ausencia, y cuando no pudiese por sí mismo realizarlos. Asi es que en tal caso el mutuante solo tendria su derecho privilegiado sobre la parte que el capitan tuviese tal vez en el buque ó en el flete.

No obstante si el dueño parcial de un buque no hubiese emplazado á los demas condueños para que contribuyesen en los gastos necesarios que tuviesen que hacerse en el buque, y por su contumacia hubiese sido autorizado para contraer con dicho objeto un préstamo á la gruesa; el que en tal caso prestase el dinero, tendria su derecho privilegiado sobre las partes que en el buque tienen los condueños que se negaron á contribuir para su reparacion, por mas que no hubiesen consentido en el contrato; porque el auto que facultó al otro condueño para celebrar el préstamo suplió este consentimiento. Vaslin observa muy acertadamente que es indispensable un auto, y que no bastaria una simple citacion que hubiese hecho incurrir á los condueños en demora de contribuir para los reparos, como algunos habian opinado.

56. Si el préstamo se hubiese hecho sobre un cargamanto, solo tendrá el mutuante su privilegio sobre los efectos de este cargamento, aun cuando el contrato hubiese sido celebrado con el dueño del buque.

57. El privilegio del mutuante asi sobre el buque como sobre los efectos del cargamento, tiene lugar tanto para la restitucion de la cantidad prestada, como para el pago del beneficio marítimo.

FIN DEL TRATADO DEL PRESTAMO A LA GRUESA.

APÉNDICE

DEL DERECHO ESPAÑOL.

El préstamo á la gruesa que entre nosotros se llama asimismo préstamo á riesgo marítimo, *tiene grande analogia con el contrato de seguros marítimos, así es que despues de lo dicho anteriormente acerca de este último contrato, por lo que mira al derecho español, poco tendremos que añadir acerca del primero.*

Sobre el cuerpo y quilla del buque solo puede tomarse prestada la cantidad equivalente á las tres cuartas partes de su valor: sobre el cargamento todo su valor. Si se tomase prestado con exceso, lo que excediese, deberá devolverlo el tomador con mas el interes mercantil por el tiempo que la haya tenido, esto si hubiese obrado de buena fé: si hubiese usado de medios fraudulentos, ademas de restituir la cantidad exedente del valor del cargamento, deberá pagar el beneficio marítimo que nuestro código llama premio. *Cod. de Com. art.* 822 y 823.

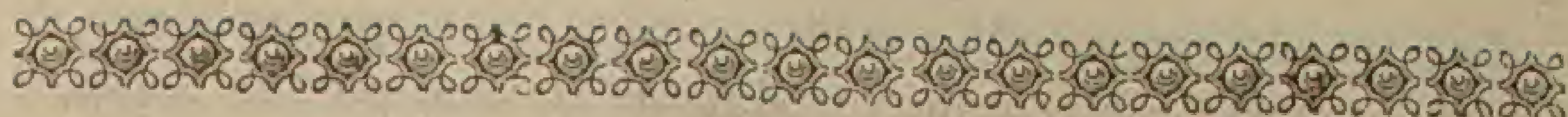
El art. 821 *prohibe que se hagan préstamos á la gruesa sobre los salarios de la tripulacion, en contra de lo que sienta Pothier en el n.* 15.

Estos contratos deben extenderse por escrito, y para que obliguen en perjuicio de tercero, es necesario que se registren en el oficio de hipotecas del partido dentro ocho dias. Si la escritura fuese pública y solemne, traerá aparejada ejecucion, y lo mismo si hubiese sido celebrada con intervenciou del corredor, hallándose conforme con los registros de este.

El art. 834 *de nuestro código de comercio destruye cuanto dice Pothier en el n.* 42. *y siguientes acerca de la obligaeiou de contribuir en las averias simplee, pues establece que el prestador á la gruesa á falta de pacto en contrario, deberá contribuir en proporcion á su respectivo interés en los efectos averiados, á no ser que la averia procediese de alguno de los accidentes que no recaen sobre los prestadores. Esta es la diferenia mas notable entre nuestro derecho mercantil y lo que sienta Pothier en este interasante tratado.*

INDICE.

De los Artículos y Párrafos contenidos en el
TRATADO DEL CONTRATO DE PRESTAMO A LA GRUESA.



TRATADO

DEL CONTRATO

DEL JUEGO.



Artículo preliminar.

1. El convenio que media entre dos jugadores, por el cual estipulan que el que pierda entregará al otro que gane una cantidad, es un verdadero contrato de la clase de los de interes recíproco y aleatorios.

Por mas que el que gana nada dé en cambio de lo que recibe, no puede decirse sin embargo que lo reciba gratuitamente, pues lo recibe como precio del riesgo que corrió de haber de entregar otra cantidad igual al otro, si hubiese perdido, lo cual forma el carácter distintivo de los contratos de interes recíproco y aleatorios.

2. Es de notar que hay dos especies de contratos aleatorios: la primera comprende aquellos en que solo una de las partes se expone á algun riesgo en beneficio de la otra que le paga ó se obliga á pagarle por ella un precio. Tal es el contrato de seguros marìtimos, en que solo el asegurador corre los riesgos marítimos: el asegurado no hace mas que pagarle la prima, precio de esos riesgos. Otro tanto sucede en el préstamo á la gruesa.

La segunda comprende aquellos contratos en que cada una de las partes corre recíprocamente algunos riesgos que son como el precio de los que la otra corre. A esta especie pertenece el censo vitalicio, en el cual el vendedor corre el riesgo de no recobrar nada ó casi nada en cambio de la cosa que entrega al comprador, en caso de morir despues de haberla entregado, y ese riesgo que corre el vendedor es el precio del que corre el comprador de tener que pagar al vendedor doble ó triple el precio de esta cosa, caso de vivir muy largo tiempo el vendedor.

El *contrato de juego* es de esta segunda especie. Cada uno de los jugadores corre el riesgo de tener que entregar al otro la cantidad estipulada, en caso de que gane; y este riesgo que el uno corre, es el precio del que el otro corre tambien de pagarle otro tanto, si gana.

Dividiremos este tratadito en tres capítulos. En el primero examinaremos si el juego es malo por derecho natural. En el segundo referiremos el derecho escrito sobre el juego. En el tercero examinaremos si el que ha perdido una cantidad de dinero ú otra cosa en el juego, está obligado á pagarla, ó si por el contrario el que la ganó, está obligado á su restitucion, cuando ha recibido ya el precio del juego.

CAPITULO I.

SI EL JUEGO ES MALO POR DERECHO NATURAL.

——

El contrato que el juego encierra, puede considerarse bajo dos aspectos: 1.° en sí mismo y sin relacion al fin que pueda llevarse, y 2.° con relacion á este fin.

SECCION I.

DEL CONTRATO QUE ENCIERRA EL JUEGO EN SÍ MISMO Y SIN RELACION A SU FIN.



Veremos en el primer artículo si el juego considerado en sí mismo y sin relacion al fin que puedan proponerse los jugadores, es una cosa mala. En el segundo examinaremos las reglas que se hayan de observar para que sea conforme á lo prescrito por la justicia.

ARTICULO I.

SI EL JUEGO EN SÍ MISMO Y SIN RELACION AL FIN QUE PUEDAN PROPONERSE LOS JUGADORES, ES MALO.

——

3. El juego es un contrato de interes recíproco y aleatorio, que considerado en sí mismo y hecha abstraccion del fin que puedan llevar los jugadores, no parece contener nada malo, con tal que se observen las condiciones que explicaremos en el artículo siguiente.

Todo el mundo conviene en este principio respeto de los juegos de destreza, es decir, de aquellos en que la ganancia de la partida depende principalmente de la habilidad del jugador. Hay casi la misma unidad de opiniones en cuanto á los juegos mixtos, de aquellos, á saber, en que el azar concurre con la destreza para dar la ganancia de la partida.

4. La dificultad está respeto de los juegos de azar. Muchos teólogos católicos, y aun doctores protestantes creyeron encontrar en tales juegos un vicio intrínseco que consiste en la profanacion de la suerte que miran como una cosa en cierta manera religiosa, á causa de haberla elegido Dios muchas veces para manifestar al pueblo de Israel su voluntad. Por este medio hizo conocer su eleccion de Saul para reinar sobre aquel pueblo. Josué empleó este medio para averiguar el pecado de Acam; y asi mismo se empleó para descubrir el pecado de Jonatás..... Dios habia mandado que se echasen suertes para la division de la tierra de Canaán; *lib. num. cap.* 33, *v.* 54. Para el sacrificio de que se habla en el Levítico, *cap.* 16, respeto del macho de cabrio emisario, se empleaba el mismo medio.

Tambien las otras naciones acudian á la suerte para conocer la voluntad de Dios. En el buque en que iba Jonatás, se echaron suertes para conocer quien era el que atraia la cólera del cielo y la tempestad.

La iglesia tambien ha empleado ese medio para conocer la vo-

luntad de Dios. En las actas de los Apóstoles vemos que se echaron suertes en la eleccion de S. Matias para el apostolado. Los mismos libros santos, dicen, nos presentan la suerte como una cosa respetable en que Dios preside de una manera particular; y en este sentido entienden estos teólogos aquel texto de los *Proverbios*, XVI, 33. *Sortes in sinum mittuntur, sed á Domino temperantur.*

De ahí infieren que la suerte es una cosa destinada por su naturaleza para conocer la voluntad de Dios, y por consiguiente una cosa religiosa; que es una profanacion criminal emplearla en un uso tan profano y pueril como el juego, y que por lo mismo todo juego de azar tiene un vicio intrínseco que lo hace malo en sí mismo.

5. Estos argumentos no me parecen convincentes. Es cierto que en otro tiempo sirvió la suerte para conocer la voluntad de Dios, y que ella cuando así se empleaba, ó mas bien el uso que de la misma se hacia, era una cosa religiosa; pero no se sigue de ahí que aun fuera de estos casos sea la suerte una cosa religiosa, y que sea una profanacion emplearla para otros objetos. Tambien el agua sirve para una cosa santa, para el bautismo nada menos; ¿y se querrá inferir de esto que el agua es una cosa religiosa y que no puede emplearse sin profanacion á usos profanos?

Asi pues es infundado pretender con estos teólogos que la suerte es en sí una cosa religiosa, y que los juegos de azar en que se emplea, encierran la profanacion de una cosa religiosa.

Es tanto menos fundada esta opinion, cuanto que entre los cristianos nunca se emplea la suerte para conocer la voluntad de Dios; y si en la eleccion dé S. Matias se empleó, fué en virtud de una inspiracion particular, que no puede seguirse en otros casos. Si un patrono para la presentacion á un beneficio acudiese á este medio; seria mirado como un extravagante.

6. En cuanto á que *sortes á Domino temperantur*, debe entenderse no que las dirija de una manera extraordinaria y sobrenatural, sino como dirige las cosas de este mundo aun las mas insignificantes. Esto tiene el mismo sentido que aquel otro texto: *Cor hominis dispónit viam suam, sed Domini est dirigere gressus.*

Si os gano á los dados, es porque Dios lo quiere, si, pues todo sucede por voluntad de Dios, pero de una manera natural, de la

propia suerte que gano porque quiere Dios en el juego de billar ú otro de habilidad.

7. Un teólogo á quien he consultado, y que se ha dignado leer este tratadito, me ha hecho esta objecion: Dependiendo la suerte de Dios, emplearla es consultar á Dios; lo cual no debe hacerse sino en cosas que se lo merezcan. A esto respondo que nadie consulta á Dios sin intencion de hacerlo; y los jugadores no tienen tal intencion. Por otra parte los acasos de la suerte dependen de la voluntad de Dios como todos los acontecimientos naturales, solo que de aquellos no conocemos las causas físicas, al paso que de las otras las conocemos, al menos en parte. El que juega al azar espera de la suerte el ganar, es decir, de un concurso de causas que no conoce, y en cuya ignorancia consiste propiamente la suerte; al paso que el que juega á un juego de habilidad funda la esperanza de ganar en su destreza, que es una causa conocida: mas no puede decirse del uno mas bien que del otro, que consulta á Dios.

ARTICUO II

QUE CONDICIÓNES DEBERAN OBSERVARSE EN EL JUEGO PARA QUE NO SE SEPARE DE LAS REGLAS DE JUSTICIA.

——

8. Es necesario, 1.° que cada uno de los jugadores tenga el derecho de disponer de la cantidad que juega: 2.° que cada uno de ellos preste su consentimiento perfecto en el contrato que el juego encierra: 3.° que haya igualdad en las partidas: 4.° que se hayan portado con toda la fidelidad que el juego requiere. Vamos á examinar estas cuatro condiciones en otros tantos párrafos.

§. I.

Es necesario que cada uno de los jugadores tenga el derecho de disponer de la cantidad que juega.

9. Segun esto un hijo de familia solo podrá jugar módicas cantidades que sus padres le hayan dado para sus diversiones, y de que le permitieron disponer.

Asi si un hijo abusando de la confianza de su padre cuyos negocios maneja, jugase una cantidad perteneciente á este, cometerá un robo de que seria cómplice el que se la ganase, si supiese esta fechoria. Si la ignorase, no seria cómplice del robo, pero no dejaria por ello de estar obligado á restituir al padre la cantidad ganada al hijo, asi que supiese que era suya; porque el hijo de familias no transfirió el dominio del dinero que era de su padre.

10. Tampoco un menor puede jugar mas que aquellas pequeñas cantidades que su tutor le deja tener para su recreo. Si alzase una cantidad suya que el tutor tenia reservada, aunque no comete un robo, porque no cabe este crimen en cosa propia; no obstante el juego de esta cantidad no seria válido, porque no podia disponer de ella, y el que se la hubiese ganado, deberia restituirla al tutor.

Aun cuando un menor estuviese emancipado ora por decreto del principe, ora por matrimonio, no podria jugar cantidades algo crecidas, porque la emancipacion le confiere el derecho de administrar sus bienes, no el de disponer á su capricho de ellos, y disiparlos. Deberia pues restituírsele lo que asi se le hubiese ganado. Y esto aun cuando el que se lo hubiese ganado ignorase que era menor, porque basta que no tuviese este derecho para disponer de sus bienes para que sean mal jugados y no haya tenido lugar la traslacion de dominio.

Un mayor de edad que sufre una interdiccion por causa de prodigalidad, se halla en el mismo caso que un menor bajo la tutela.

11. Una muger que se halla bajo el poder marital, sólo puede jugar cantidades módicas, con el permiso al menos presunto de su marido; y esto tiene lugar aun cuando el marido le permitiese manejar los negocios de la sociedad conyugal, ya que esta permision supone la facultad de administrar, no la de disipar. Por igual razon tampoco podria jugar cantidades algo considerables una muger que hubiese obtenido separacion de bienes: el jugar nunca es administrar.

12. Si yo hubiese jugado una cantidad considerable contra un menor ú otra persona que no pudiese disponer de la cantidad que jugaba, aunque sea él quien gane no será válido el juego. El contrato es de interes recíproco y aleatorio, en que por una y otra parte debe haber igualdad de riesgos que correr: yo no puedo deber al que gana, una cantidad que él no me habria debido, si hubiese perdido: él no corria ningun riesgo, y yo tampoco puedo correrlo: el contrato es nulo, y á ninguno de los dos obliga.

§. II.

Del libre consentimiento de los jugadores.

13. El consentimiento es esencialmente necesario en todos los contratos, y lo es por consiguiente en el contrato que el juego encierra.

De ahí se sigue que si uno de los jugadores se hallase en estado de embriaguez, ese contrato seria nulo. No hablo de una embriaguez completa que embargase de todo punto el uso de la razon, en cuyo caso no puede presentarse dudosa esa nulidad, sino de aquella embriaguez que sin quitar el uso de la razon, hace imperfecto el consentimiento, por falta de reflexion y cabal discernimiento.

Vale esta decision aun cuando el que hubiese jugado contra ese ebrio, no hubiese tenido en el juego ninguna ventaja, por hallarse tambien ebrio, ó por ser el juego de puro azar; porque no es la desigualdad lo que hace nulo el contrato, sino la imperfeccion del consentimiento del ebrio, quien tal vez á no haberle impedido la embriaguez el hacer las reflexiones conducentes, no habria jugado.

14. El que hubiese ganado á un ebrio, no debe cobrar lo ganado, y si lo hubiese cobrado deberá restituirlo. Pero si el ebrio hubiese ganado, ¿deberá percibir el precio del juego? Creo que no; porque ese precio corresponde á los riesgos que el que ganó, corria de perder, y en nuestro caso el que ganó, ningun riesgo corria de perder, porque el contrato no le obligaba.

Con los contratos conmutativos el que contrató con un impuber ú otra persona incapaz de perfecto consentimiento, no puede obligar á esta persona á que cumpla el contrato, por mas que esta persona pueda compelerle á él á cumplirlo, pero esto es porque al fin recibe algo en cambio de lo que da, lo que no sucede en los contratos aleatorios, cuando uno de los contraentes aspira á recibir el precio de un riesgo que no corrió.

15. Si uno de los jugadores hubiese forzado al otro á que jugara, faltaria por parte de este el perfecto consentimiento, pues no es perfecto el consentimiento arrancado con violencia.

Los jugadores deben tener la mas entera libertad no solo en el principio, sino tambien despues, pudiéndose retirar cuando les acomode, á no ser que desde un principio hubiesen convenido que el que ganase la primera partida daria el desquite al otro.

En todos estos casos el que me forzó á jugar no puede pedir lo que me hubiese ganado, y debe restituírmelo, si lo hubiese cobrado, no solo por faltar por mi parte un consentimiento perfecto, sino tambien porque me debe una reparacion del agravio que me hizo violentándome, restituyéndome lo que me ganó.

16. Puedo yo empero percibir lo que le hubiese ganado? Distingo: si hubiese estado en poder del que me obligó á jugar el hacerme pagar el precio del juego á causa, por ejemplo, de haber colocado la polla ó traviesa sobre la mesa, ó si jugando sobre nuestra palabra, hubiese yo tenido intencion de pagarle lo que me ganase; como en uno y otro caso corrí el riesgo de perder, puedo percibir mis ganancias. Pero si mi intencion hubiese sido de no pagarle lo que jugando contra mi voluntad me ganase, como en este caso ningun riesgo corro, no me es lícito cobrar ni retener las ganancias.

17. Supongamos ahora que no haya habido violencia por una ni por otra parte, pero que uno de los jugadores llevaba la secreta intencion de no pagar lo que perdiese, prevaliéndose de la excepcion que concede la ley contra toda demanda de ganancias en el juego. En tal caso como que por su parte no corria ningun riesgo, no puede cobrar lo que ganase, que es el precio de este riesgo; porque no consintió en el contrato, y porque no corrió ningun riesgo.

18. Si esto que con tal intencion jugó, perdiese, deba pagar lo que pierda, porque aunque no consintió en el contrato, fingió que consentia, y esto basta para obligarle respeto del otro, quien ademas es acreedor al precio del riesgo que corrió.

§. III.

De la igualdad que debe reinar en el contrato del juego.

19. En todos los contratos de interes recíproco, como que ninguna de las partes quiere dar nada á la otra, antes al contrario recibir un equivalente de lo que entrega, es necesario que lo que una da ó se obliga á dar á la otra, sea de igual valor á lo que recibe ó debe recibir. *Trat. de las oblig. n.* 33.

Asi en el cotrato que encierra el juego, para que haya esa igualdad, es necesario que el riesgo que corro de darte la cantidad convenida en caso que ganes, sea igual al riesgo que tu corres de darme la misma cantidad caso que gane.

El valor de estos riesgos se aprecia por los grados de probabilidad: asi si fuese tan probable que ganase yo, como tu, serian iguales los riesgos, y justo el contrato.

20. Esta igualdad de riesgos reina siempre en los juegos de puro azar, en que la ganancia ó la pérdida depende absolutamente del acaso, sin que el uno de los jugadores tenga superioridad alguna sobre el otro. Asi para que haya igualdad en estos juegos basta que sea igual la cantidad puesta. Podria sin embargo jugar tres duros contra dos, por ejemplo, pero en este exceso voluntario y consentido habria una donacion en caso de perder, mas no injusticia alguna.

21. En los juegos en que van mezcladas la habilidad y la suerte como en el chaquete, en el juego del hombre, y otros muchos, si tu eres mas diestro que yo, hay mas probabilidad de que me ganes, por consiguiente el riesgo que corro de tener que entregarte la traviesa, es mayor y de mas cuantia; asi es que jugando á un partido igual hay injusticia en el contrato.

22. De dos maneras se puede establecer la igualdad en estos juegos entre jugadores de desigual habilidad: ó bien dándome tu algunos puntos de ventaja que hagan igual la esperanza de ganar; ó bien poniendo tu una cantidad mayor que la que yo pongo, á fin de que caso de ganar yo quede compensado el mayor riesgo que he corrido. El primer medio es el mas usado.

Si á pesar de conocer yo tu superioridad en el juego, me empeñase en jugar contigo sin ventaja, confiado en que la suerte me favoreceria; tu no puedes consentirlo por no ser justo y equitativo.

La venta de una cosa viciosa vale cuando se da noticia del vicio al comprador; porque entonces no hay injusticia; pero en el juego hay esta injusticia, aunque tu me adviertas tu superioridad; porque esta advertencia no destruye la desigualdad que hay entre los dos.

Volenti non fit injuria: es verdad; pero es de advertir que ju-

gando yo contigo con fuerzas desiguales, no tengo intencion de darte nada, sino que lo hago por error fundado en la suerte, que confio ha de neutralizar tu superioridad. Asi falta en mi la verdadera voluntad de aceptar la injusticia.

23. ¿Puede corregirse esta injusticia que media entre jugadores de desigual destreza, reduciendo la ganancia á la que habria sido justa, ó bien será de todo punto nulo el contrato? Si tu, superior á mi en destreza hubieses obrado de buena fe, entonces solo debe reducirse la ganancia á sus justos límites. Asi si tu tenias doble habilidad que yo; solo podrás retener justamente la mitad de las ganancias. Si hubieses ocultado tu superioridad, el contrato seria de todo punto nulo por tu parte, sin que puedas retener nada de lo ganado.

24. Si hubiesemos jugado sin conocernos, opina Barbeyrac en su *Tratado del Juego*, *l.* 2, *cap.* 2, *n.* 15, que la desigualdad que tu tienes sobre mi, no impide el que ganes bien y legitimamente toda la cantidad convenida; porque es igual el riesgo que corro yo de encontrar en ti un mas diestro jugador, al que corrias tu de encontrar en mi un contrario asimismo mas diestro: luego el contrato es equitativo.

Sin embargo opino que este contrato está sujeto á reduccion, lo mismo que la venta de una cosa por mas de su justo precio; el conocimiento que adquieren los contraentes de la injusticia que ha habido en el contrato, obliga á mi contrario de la propia suerte que al comprador á contentarse con el justo precio. Por lo demas no es cierto lo que dice Barbeyrac acerca de los riesgos, porque nunca es tanto el que corre un buen jugador de hallar otro mas habil, como el que corre en este punto uno que sea ignorante ó solo regular.

25. Fáltanos tratar de la tercera especie de juegos, de los de pura destreza. En ellos hay desigualdad y por lo mismo injusticia, siempre que uno de los jugadores tenga decidida superioridad sobre el otro, á no ser que compense esta superioridad cediendo á su adversario alguna ventaja en el juego, como cierto número de puntos. Pero la superioridad no podrá compensarse atravesando mayor suma; porque el jugador mas diestro tiene una certeza moral de que ha de ganar, y no corre ningun riesgo, y por lo mismo no puede recibir ningun precio por pequeño que sea de un riesgo que no corre: en los juegos mixtos por el contrario por

grande que sea su habilidad y por consiguiente la probabilidad de ganar, la suerte podria favorecer en tales términos al jugador débil, que á pesar de su inferioridad ganase, asi es que puede recibir un precio menor, eso si; por el riesgo que corre.

§. IV.

De la fidelidad con que deben portarse los jugadores en el juego.

26. Es claro que el juego es injusto siempre que los jugadores no se portan con la fidelidad debida. Asi si uno de los jugadores gana á causa de ver el juego del contrario, de cualquier modo que lo haga, ó cometiendo otras trampas, no puede cobrar la cantidad convenida, y debe restituirla, si la hubiese cobrado. La razon de esto es evidente: cuando los jugadores convienen en que dará el uno de ellos al otro que gane cierta cantidad, ponen tácitamente por delante la precisa condicion de portarse con fidelidad. Asi pues el que gana faltando á esta fidelidad, falta á aquella condicion, y no tiene lugar por parte del otro la obligacion contraida bajo tal condicion.

Hay ademas otra razon, y es que el que comete un dolo contra otro está obligado á indemnizarle; luego el que con trampas ha ganado una cantidad debe restituirla, que es la mejor indemnizacion.

27. En fuerza de esta última razon el jugador que con fullerias me hubiese ganado una cantidad, no solo deberá restituírmela, sino que ademas deberá pagarme lo que habria ganado, siempre que se conozca que habria de habérsela ganado sin sus trampas: porque los perjuicicios que su dolo me ha causado, y que debe indemnizarme, comprenden no solo la pérdida que me ha causado, sino tambien la ganancia de que me privó, *quantum mihi abest*, *et quantum lucrari potui*; *l.* 13, *ff. Ratum rem hab.*

Si notase sus trampas durante el juego, no por esto podria usarlas yo: porque ellas me dan derecho para no pagarle la cantidad jugada, pero no para ser tampoco á mi vez.

Aun cuado mi contrario consintiese en ello, no podria recibir el precio del juego, si lo ganase por este medio: porque tal pacto es nulo, *l.* 27, §. 3, *ff. de pact.*, y no puede producir efeto alguno.

28. Barbeyrac reputa justamente como trampa, el disimulo con que permito que mi contrario por error ó distraccion cuente menos puntos de los que ha ganado, como si en el billar mi contrario hubiese hecho quince puntos, y por descuido ó distraccion solo apuntase doce: asi es que si gracias á esta omision que no le advertí, ganase yo la partida, que con los tres puntos habria ganado él, no solo no podré recibir la catidad jugada, sino que ademas deberé pagársela, á él.

SECCION II.

DEL JUEGO CONSIDERADO CON RELACION AL FIN CON QUE SE JUEGA.



29. Respeto de esto ha de distinguirse entre el juego *desinteresado y el interesado* ó *tirado*. El primero es cuando los jugadores no juegan nada, ó solo los gastos del juego, como cuando en el billar convienen los jugadores que el que pierda pagará las mesas á la casa. Puede asimismo reputarse *desinteresado* el juego en que se atraviesan pequeñas cantidades, de suerte que ni el que gana saldrá mas rico, ni mas pobre al que pierda.

Cuando lo que se pone es cosa de alguna consideracion entonces el juego se llama *interesado ó tirado*.

§. I.

De los fines que se pueden llevar en el juego desinteresado.

30. Muchos son los fines que pueden proponerse los jugadores en el juego, y que pueden llevarles á jugar. Unos son honestos cuando el juego es desinteresado; otros son reprobables.

El recreo y esparcimiento que necesita el espiritu, es un fin honesto en personas que ocupadas todo el dia en negocios ó estudios serios dedican una parte de su tiempo libre en el juego.

31 Tambien es honesto el fin si los jugadores se proponen adquirir mas agilidad y robustez de cuerpo por medio de juegos de

ejercicio, como la lucha y la carrera entre los romanos, el juego de pelota y otros semejantes entre nosotros.

32. Es asimismo honesto el fin que lleva uno en distraer y divertir por medio del juego á un convaleciente ó melancólico.

33. En cuanto á los que inviertan la mayor parte de su tiempo en el juego, y no juegan mas que para pasar el tiempo y evitar el fastidio, no pueden decirse que llevan un fin honesto, faltan el precepto de Dios que impone al hombre la obligacion de trabajar. Es preciso que todos los hombres trabajen cada cual segun su talento é inclinaciones en favor de la sociedad. El tiempo por otra parte es demasiado precioso paraque asi podamos desperdiciarlo.

§. II.

Del fin que pueden proponerse los jugadores en los juegos interesados.

34. En los juegos en que se atraviesa una suma algo considerable, no puede haber mas objeto que el de ganar y enriquecerse á costa del contrario.

35. Ninguno de los fines honestos que, segun acabamos de ver, pueden hallarse en los juegos desinteresados, se halla en los tirados. Asi si bien en el juego de la pelota puede llevar el fin de dar agilidad y robustez al cuerpo, no obstante en siendo algo crecida la cantidad que se juega, ya no puede decirse que sea este el fin, pues para él bastaria jugar poca cosa ó nada.

36. Otro tanto puede decirse respeto del fin que en el juego puede tenerse de procurarse distraccion y recreo; puesto que siendo grande la cantidad jugada, lejos de divertir el juego es el tormento mas atroz del espiritu que seagita entre violentos deseos de ganar y violentos temores de perder.

Los partidarios del juego interesado dicen que este es insipido sino va acompañado de buenas traviesas: A esto digo que si solo buscasen inocente recreo en el juego lo hallarian en el juego desinteresado, y su objecion misma prueba que es otro su objeto.

37. Yo no condeno todo deseo de ganancia, y el esmero en buscar medios decorosos conque atender á sus necesidades y gustos: nada mas justo que este deseo y esto esmero. Pero este de-

seo es siempre desordenado en los judores que atraviesan cantidades considerables.

Digo que este deseo es inmoderado, porque no es hijo de la razon, sino de la pasion. La razon dictará al jugador que siendo tan grande el riesgo de arruinarse como la probabilidad de ganar, no es el juego un buen medio para conseguir el fin que se propone. La experiencia confirma esto mismo, pues mas personas se han arruinado que enriquecido en el juego; lo que por otra parte no puede dejar de suceder asi, atendido que el que gana, nunca saca todo el provecho de la cantidad ganada. La pasion de la avaricia, coadyuvada por la pereza, conduce comunmente á los jugadores al juego: la avaricia excita el apetito de la ganancia, y la pereza le hace escoger entre los medios que se le presentan, el que parece mas facil, descuidando otros mas honrosos que al fin costarian su trabajo.

38. Este deseo desordenado de ganancia puede conceptuarse tanto menos honesto, en cuanto se halla en oposicion con el primer precepto de la ley natural que nos manda amar al prójimo como á nosotros mismos; ya que la ganancia solo puede fundarse en la ruina y desgracia del contrario. Asi el deseo de ganar supone necesariamente el de empobrecer á otro.

En todos los contratos de interes recíproco, admitidos en la sociedad civil, cada uno de los contraentes halla su ventaja, y hace y recibe un servicio: si vendo el vino de mi cosecha á un mercader, este me hace favor en darme dinero por el vino que no me sirve, y yo se lo hago asimismo dándole mi vino. Aun en los contratos aleatorios sucede otro tanto. Si doy á un labrador mi viña para que me constituya un vitalicio, le hago un favor dándole mi tierra, que no ha de servirme despues de mi muerte, y él me lo hace asegurándome un medio de vivir con comodidad. Lo mismo á corta diferencia puede decirse del contrato de seguros, y del préstamo á la gruesa.

Dista mucho de ser asi en el contrato del juego, en que las partes lejos de aspirar á hacerse recíprocamente un beneficio, solo apetecen su recíproca ruina, de la propia suerte que dos duelistas aspiran á quitarse la vida. Hé aqui porque el juego de grandes traviesas es contrario á la caridad y á los principios de la sociedad civil: hé aqui porque considerado bajo este punto de vista es contrario á las buenas costumbres, y como tal debe proscribirse de los estados bien organizados.

CAPITULO II.

PARANGON ENTRE LAS LEYES ROMANAS Y LAS NUESTRAS SOBRE EL JUEGO.



§ 1. *Leyes romanas.*

39. Las leyes romanas prohibian muy severamente el juego. El jurisconsulto Paulo hace mencion de un senado consulto que prohibia jugar dinero á cualquier juego que fuese, á excepcion de algunos en que se ejercitaba y robustecia el cuerpo, y que eran útiles para la guerra, los cuales expresa: *Senatus-consultum vetuit in pecuniam ludere, præterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat*; *l.* 2, *fin. ff. de aleator.*

40. Esta prohibicion comprendia asimismo todas las cosas apreciables á precio de dinero. Solo era permitido jugar su escote en un festin, aun que esto fuese á un juego de suerte y azar, *l.* 4, *ff. d. tit.* La razon es palpable: el fin que hace que el juego sea contrario á las buenas costumbres, es el deseo de enriquecerse con los despojos de aquel con quien se juega; y este fin no se halla en este caso en que la ganancia del juego no ha de entrar en el bolsillo del que gana, sino á lo mas ahorrarle su gasto en el festin.

41. Este senadoconsulto que prohibia jugar dinero, no se limitaba á denegar la accion para pedir lo que se hubiese ganado, sino que ademas concedia una accion para repetir lo que se hubiese ganado, como precio del juego, hasta á los hijos contra sus padres y á un liberto contra su patrono; *d. l.* 4, §. 2.

Ignorase la data de este senadoconsulto: puede ser del tiempo de Séptimo Severo ó de alguno de sus antecesores. Mas de todos modos ello es qué solo se confirmaron con él las antiguas leyes, que por desgracia eran muy mal observadas. En la Filipica 2.ª hace mencion el orador romano de un proceso criminal (*publicum judicium*) seguido contra los jugadores á juegos de azar.

42. Eran tan odiosos los que permitian en su casa juegos de azar, que el pretor negaba toda accion por los insultos que se les hubiesen hecho, por los daños que se les hubiesen causado, ó ro-

bos que contra ellos se hubiesen cometido durante aquel tiempo. Hé aqui las palabras del pretor : *Siquis eum apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, aut si quid eo tempore dolo ejus substractum est, judicium non dabo*; *l.* 1, *ff. d. tit.* En concepto de aquel magistrado el hombre que tales juegos consentia en su casa, no podia querellarse de aquellos delitos, porque daba lugar á ellos.

43. Tambien el pretor castigaba á los que hubiesen obligado á alguno á jugar : el castigo era una multa ó prision : *d. l.* 1, §. *fin.*; *l.* 2.

44. Justiniano ademas de prohibir como las antiguas leyes el jugar dinero á ningun juego, á excepcion de algunos que especifica, dirigidos á adiestrar y fortalecer el cuerpo, prohibe que en estos juegos en que segun el senadoconsulto referido no estaba limitada la cantidad que pudiese jugarse, solo se puede jugar un escudo de oro por partida.

En cuanto á la accion que como en lo antiguo concede para repetir lo que se hubiese pagado por pérdidas en el juego, añade dos circunstancias: 1ª dispone que no prescriba por treita años que es el tiempo regular, sino por cincuenta: 2º si el que perdió y pagó, mirase con indiferencia la repeticion, pueden exigirla los oficiales municipales del lugar en que se cometió el delito, aplicando su importe á los trabajos públicos de utilidad y ornato; *ll.* 1, 2, y 3, *cod. de aleat.*

§. II.

Leyes francesas.

45. En los capitulares de Carlomagno hallamos una ley de este príncipe que confirma la prohibicion impuesta por el concilio de Chayenza, celebrado en 813, asi á los seglares como á los eclesiasticos de jugar á juegos de azar. S. Luis en 1254 prohibió el juego de dados. Carlos el Bello y Carlos V. prohibieron una porcion de juegos y generalmente todos los que no sirven para adiestrar al hombre para las armas, bajo pena de 40 sueldos.

46. Despues la prohibicion no fué tan general. Carlos VIII permitió el chaquete y el agedrez, y Francisco I el de pelota, permitiendo exigir lo que á este juego se hubiese ganado.

47. Carlos IX prohibió con los bordeles los garitos y todos los juegos de envite y de dados bajo penas extraordinarias.

48. Luis XIII corroboró esta prohibicion haciendo á los dueños de los establecimientos en que se jugase á naipes ó á los dados, responsables de lo que en tales juegos se perdiese, y sugetándolos á su restitucion, añadiendo que los jueces se presenten en las casas en que sepan que hay reuniones de jugadores, y se apoderen del dinero, joyas y prendas que se jueguen, y lo adjudiquen á los hospitales.

CAPITULO III.

SI EL JUEGO PRODUCE ALGUNA OBLIGACION, Y SI EL QUE GANÓ DEBE RESTITUIR LO GANADO AL QUE LO PERDIÓ



49. Prohibidos todos los juegos sin distincion entre los de destreza y los de azar, á excepcion de los que sirven para á diestrar al hombre para las armas, no pueden producir obligacion alguna, ni accionpara pedir lo ganado en el juego.

50. Aun cuando posteriormente se haya limitado la prohibicion á los juegos de azar, no obstante como los demas son mas bien tolerados que permitidos, y en caso de considerarse permitidos es esto considerándolos como simples diversiones, y no como medios de obligarse, asi es que la jurisprudencia niega toda accion para reclamar lo ganado en el juego, y los jugadores pueden tomar lo que buenamente se les entrega, no siendo cantidades excesivas, pero no pedirlo ante un tribunal.

51. En cuanto á los juegos propios para perfeccionar el manejo de las armas, como que están expresamente autorizados por las leyes, habrá una accion civil para reclamar lo ganado con ellos. Asi s unos cuantos compañeros hubiesen puesto cuatro duros cada uno para el que diese en el blanco con un tiro de fusil, creo que el que ganase la apuesta tendria una accion para exigirla.

Aun en estos juegos creo que no podrán travesarse cantidades muy crecidas, á imitacion de lo que ordenó Justiniano. Pero ya que entre nosotros no está fijada la cantidad pueda jugarse, deberá dejarse á arbitrio del juez.

52. La mayor dificultad está en resolver si en conciencia el que sobre su palabra perdió una cantidad á un juego prohibido, debe pagarla; ó si por el contrario el que la ganó y cobró no debe

restituirla: Vamos á examinar esta cuestion en dos casos: 1º cuando la ley civil condena el juego sin dar accion á los que perdieron para repetir lo que pagaron; 2º cuando la ley civil da esta accion.

§. I.

Cuando la ley civil condena el juego en que se perdió la cantidad, sin dar accion para reclamarla.

53. En este caso se hallan las provincias francesas en que no rige el dicho escrito; puesto que las leyes romanas que autorizan la repeticion de las cantidades perdidas al juego, son leyes positivas, y no pueden aplicarse entre nosotros.

54. Nadie puede retener justamente lo que adquirió sin causa ó por causa injusta, dicen los que defienden que el que ganó debe restituir lo ganado, es asi que la cantidad algo crecida que gana un jugador en un juego de azar, es una adquisicion por causa injusta, como reprobada por las leyes, luego deberá restituirla. Los que defienden lo contrario contestan que debe distinguirse entre una causa mala é injusta en sí misma é intrinsicamente y la que es solo por un vicio extrínseco. En el primer caso se hallan las usuras inmódicas: en el segundo un vitalicio creado por uno con la esperanza y deseo de que el que debe percibirlo muera cuanto antes. En el primero es obligatoria la restitucion, en el segundo no.

55. Para aplicar al juego esta distincion debe exaninarse en que sentido puede decirse que el juego es malo é ilícito. Desde el principio hemos dicho que el contrato del juego en sí mismo no encierra injusticia alguna, con tal que los jugadores hayan jugado cosas de que podian disponer, hayan jugado con entera libertad, haya habido igualdad en las condiciones del contrato, y fidelidad en la ejecucion. El fin es lo que siempre es malo en juegos de mucho interes, y ademas la contravencion á las leyes civiles; pero ni ese fin ni esa contravencion pueden hacer que el juego no sea una causa justa de adquisicion. La ley civil al prohibir el juego ha podido negar toda accion ante los tribunales, é imponer ademas severas penas; mas esto solo alcanza al fuero externo. En conciencia el contrato obliga. En efecto fuera altanente contrario á la buena fe y á la equidad natural que despues de haber corrido el riesgo de tener que entregar una cantidad gual á la que recibo, se negase mi contrario á entregarme la que le he ganado.

56. Los que defienden la obligacion de restituir lo ganado á un juego de azar, insisten en que el juego es malo en si mismo, 1.º por ser una profanacion de la suerte; 2.º por ser contrario á la equidad natural. En cuanto á la primera razon la dejamos contestada mas arriba: en cuanto á la segunda fundada en que la equidad natural prohibe que nadie puede enriquecerse á expensas de otro, diremos que esta prohibicion es solo cuando el que se enriquece no ha entregado el precio de lo que recibe ó hecho alguna cosa en justa compensacion, pero no, si el que ha satisfecho en alguna manera este precio. Asi sucede en todos los contratos aleatorios en los cuales el que sale ganancioso se expuso á perder esa misma cantidad con que se enriquece, y ese riesgo que corrió es el precio de la ganancia.

57. Insisten aun diciendo: ¿No es contrario á la razon que la caida de los dados de esta manera en vez de otra, que la vuelta de un naipe mas bien que otro haga que una cantidad de dinero pertenezca á Juan mas bien que á Pedro? A esto contesto que no es la caida de los dados de una cara, ni la vuelta de un naipe la causa de que la cantidad pase del que pierde al que gana, sino solamente la condicion bajo la cual han convenido que se ganaria ó perderia: este convenio es la verdadera causa de adquirir, y tal convenio nada tiene de repugnante á la razon ni al derecho natural.

58. Despues de haber referido lo que en pro y en contra se alega respeto de la cuestion propuesta, creo poder decir mi dictamen. Los que jugando con plena libertad perdieron cantidades con que el ganancioso se ha enriquecido, no tienen derecho alguno para pedir su restitucion, ni aun en el fuero interno. No obstante si el ganancioso supiese las personas que han perdido mucho, deteriorando por ello su patrimonio ó su fortuna, deberia restituirles las cantidades ganedas, esto se entiende en el caso en que se hubiese enriquecido mucho, lo que rarísima vez sucede, siendo lo mas frecuente que al fin todos se arruinan.

§. II.

Examen de la cuestion respeto de un pais en que la ley concediese al que hubiese perdido una accion para reclamar las cantidades pagadas al ganancioso.

59. En tales paises ni aun en el fuero interno estarian obligados

los jugadores á pagar á los gananciosos lo que hubiesen perdido, porque repugna que hubiesen de pagar lo que estos tendrian que restituirles, si lo recibiesen.

Sin embargo Barbeyrac *Traité du Jeu. lib.* 3, *chap.* 9, *n.* 15, pretende que á pesar de tales leyes el perdidoso no podria recorrer á ellas para excusarse de pagar lo que ha perdido, y menos todavia para repetirlo; porque es contrario á la buena fe que despues de haber jugado contigo contra lo prescrito por la ley con la confianza de que no te prevaldrias de ella contra mi si perdieses, intente yo escudarme con ella para denegarme á pagarte otro tanto de lo que tu me habrias entregado, á haber ganado yo.

Pero ¿como puede ser que esté yo obligado en conciencia á pagarte esta cantidad, cuando tu lo estas á restituirmela en el fuero externo y en el interno, pues las leyes obligan en los dos? A esto dice Barbeyrac que estas leyes no mandan á los jugadores que hagan esta restitucion, y si solo prescriben á los jueces que condenen á los gananciosos á verificarla, cuando sean requeridos por los que hubiesen perdido, no por haber cobrado la cantidad indebidamente, sino en pena de haber contravenido á la ley; de lo que infiere dicho autor que solo estarán obligados en conciencia á la restitucion, cuando hubieren sido condenados á ella.

Es lo mas singular que el mismo Barbeyrac, *d. l. n.* 16, dice que el heredero puede pedir esta restitucion sin faltar á la buena fe, pues él no se obligó á no valerse de la ley. Esto me parece absurdo; porque si el jugador que se aventuró á juegos de azar contra la disposicion de la ley, pierde en conciencia los beneficios que esta le dispensa por reputarse haber renunciado á ellos; el derecho de repetir que perdió, no puede pasar á su heredero.

En cuanto á que la ley obliga á los jueces, no á los jugadores, diré que la accion que la ley concede al que pierde contra el que gana, supone en este la obligacion de restituir, impuesta por la misma ley. La accion es un *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, luego la restitucion es una *deuda*, *una obligacion* que es tal asi en el fuero interno como en el externo, ya que emana de la ley, y la ley obliga en los dos fueros, como hemos dicho y es cosa demostrada.

FIN DEL TRATADO DEL CONTRATO DEL JUEGO.

APÉNDICE

DEL DERECHO ESPAÑOL.

Por la Real pragmática de 6 *de octubre de* 1771, *que es la ley* 15, *tit.* 23, *lib.* 6. *Nov.* Recop. *están prohibidos todos los juegos de suerte y azar y de envite, y los en que se jueguen alhajas, prendas y otros bienes muebles ó raices en poca ó mucha cantidad, y sobre la palabra ó á credito. En juegos permitidos el tanto que se juegue, no puede ser mayor de un real de vellon, y todo lo que se juegue no puede pasar de treinta ducados, aun que sea en muchas partidas. No son permitidas nunca las traviesas ó apuestas.*

Los que en contra de estas prohibiciones obraren, siendo nobles ó empleados civiles ó militares, incurren en la multa de doscientos ducados, y siendo de inferior condicion, y dedicados á algun arte, oficio ó ejercicio honesto, en la de cincuenta ducados: esto por la primera vez. En caso de reincidencia se doblará la multa, y por la tercera vez sobre la doble multa sufrirán los contraventores la pena de un año de destierro del pueblo de su residencia, en cuyo caso se dará ademas cuenta al gobierno con testimonio de la sumaria para los efectos que estime convenientes, siempre que los reincidentes por tercera vez fueren empleados ó personas de notabilidad. Los dueños de casas ó establecimientos en que se jugase contraviniendo á lo dispuesto en la referida ley, sufrirán penas respectivamente dobladas segun su clase.

Si los contraventores no tuvieren bienes con que pagar las

multas conminadas, sufrirán por primera vez diez dias de carcel, veinte por la segunda y treinta por la tercera saliendo ademas desterrados en este último caso. Los dueños de las casas deberán sufrir la misma pena por tiempo duplicado.

Cuando los transgresores fueren vagos, tahures, de esas gentes mal entretenidas que no tienen mas ocupacion habitual que el juego, y en el cual cometen fraudes, ademas de las penas pecuniarias incurren desde la primera vez en la de cinco años de presidio en uno de los reguimientos fijos, siendo nobles; y si fuesen plebleyos, los cinco años serán de arsenales. Los dueños de casas habitualmente destinadas á juegos prohibidos, sufrirán las mismas penas respectivamente por cinco años.

Es de notar que la expresada ley absuelve de toda obligacion de pagar á los que hubieren perdido, de cualquier manera que fuese, contra lo dispuesto en la misma; y aun concede la repeticion á los que hubiesen pagado.

Los artesanos y menestrales, maestros, oficiales ó aprendices no pueden jugar, aun que sea á juegos permitidos, en los dias y horas de trabajo.

En las tabernas, hosterias, cafes y demas casas públicas está prohibida toda especie de juego; y solo se permiten los juegos de damas agedrez, tablas reales y chaquete en las de billar.

Las multas se dividen por partes iguales entre el fisco, juez y denunciador.

INDICE.

De los Capítulos, Secciones, Artículos y Párrafos contenidos en el TRATADO DEL CONTRATO DEL JUEGO.